

# REVISTA ESPANOLA DE DERECHO MILITAR

# 54

JULIO  
DICIEMBRE  
1989

TOMO I

Escuela Militar de  
Estudios Juridicos de  
la Defensa

---

Ministerio de Defensa



# Revista Española de Derecho Militar Nº 54

## CONSEJO ASESOR

Don VIRGILIO PEÑA PEÑA, *General Consejero Togado*. Don JOSE FRANCISCO de QUEROL LOMBARDEO, *General Consejero Togado*. Don FRANCISCO JAVIER SANCHEZ DEL RIO Y SIERRA, *Magistrado del Tribunal Supremo, General Consejero Togado*. Don FERNANDO LOPEZ-OROZCO RODRIGUEZ RIVAS, *General Consejero Togado*. Don BRUNO OTERO DEUS, *General Consejero Togado*. Don FRANCISCO BLAY VILLASANTE, *General Consejero Togado*.

## DIRECTOR

Don JOSÉ LUIS FERNANDEZ-FLORES, *Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, General Consejero Togado*.

## SECRETARIO

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

## SECRETARIOS ADJUNTOS

Don JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, *Comandante Auditor*, y Don PEDRO ARDUAN RODRIGUEZ, *Capitán Auditor* y Don MANUEL ZAFRA RIASCOS, *Teniente Auditor*.

## CONSEJERO REDACCION

Don EDUARDO MONTULL LAVILLA, *General Auditor*. Don MIGUEL SAENZ SAGASETA DEL ILURDOZ, *General Auditor*. Don LUIS B. ALVAREZ ROLDAN, *Coronel Auditor*. Don ANTONIO MOZO SEOANE, *Teniente Coronel Auditor*. Don AGUSTIN CORRALES ELIZONDO, *Teniente Coronel Auditor*. Don RICARDO FORTUN-ESQUIFINO, *Comandante Auditor*. Don ANTONIO MILLAN GARRIDO, *Comandante 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 GUITIERREZ 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, *Comandante Auditor*. Z.M. Medit. Don JOSE RAMON FERNANDEZ AREAL, *Coronel Auditor*. Z.M. Estrecho. Don JAVIER ALVAREZ OSSORIO BENITEZ, *Comandante Auditor*. Z.M. Canarias. Don JOSE FEDERICO DURET ARGÜELLO, *Comandante Auditor*. Z.M. Cantábrico. Don EUGENIO PEREIRA GONZALEZ, *Comandante Auditor*.

1.º R.A. Don JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, *Comandante Auditor*. 2.º R.A. Don CARLOS MELON MUÑOZ, *Capitán Auditor*. 3.º R.A. Don JULIAN PEÑA PARADELA, *Teniente Coronel Auditor*. Z.A. Canarias. Don FERNANDO JOSÉ PARGA PÉREZ-MAGDALENA.

## REDACCION

Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa  
C/. Tambre, 35 - 28002 Madrid

Teléfonos: (91) 411 39 64 - 411 74 63

**SE RUEGA DIRIGIR LA CORRESPONDENCIA A LA ESCUELA  
MILITAR DE ESTUDIOS JURIDICOS DE LA DEFENSA.**

**C/. Tambre, 35 - 28002 Madrid**

**Precio de este número 500 Ptas.**

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**54** JULIO  
DICIEMBRE  
1989

TOMO I



MADRID

**CATALOGACION DEL CENTRO DE DOCUMENTACION DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

REVISTA Española de Derecho Militar / Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. – N.º 1 (en. – jun. 1956) –  
– Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1956 –  
– 24 cm.

Semestral. – A partir de 1984, el responsable de la elaboración es la Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa. – Durante 1983-84, publicada por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. Suspendida 1985-86. Desde 1987 publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.

ISSN 0034-9399 = Revista Española de Derecho Militar.

© Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa

*Edita:* MINISTERIO DE DEFENSA

Secretaría General Técnica

*NIPO:* 076-90-017-8

*ISSN:* 0034-9399

*Depósito Legal:* M-523-1958

*Imprime:* Gráficas MAR-CAR, S. A.

Ulises, 95

28043 MADRID

# INDICE GENERAL

## TOMO I

### I. DOCTRINA.

1. ESTUDIOS.....	11
1.1. "La ratificación por España de los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949". Javier Sánchez del Río Sierra.....	13
1.2. "Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros en interés de la Defensa Nacional". (II PARTE). Miguel Torres Rojas.....	41
1.3. "La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Militar". Gonzalo Muñiz Vega.....	119
1.4. "La Ley 17/1989, reguladora del régimen del personal militar profesional". José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.....	167
1.5" "El concepto penal de Fuerza Armada". Eduardo Calderón Susín.....	207
1.6. "La desaparición de los Tribunales de Honor Castrenses en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar." Ignacio Moreno González-Aller.....	227
2. NOTAS	
2.1. "Bosquejo Histórico-Legislativo del Cuerpo Jurídico Militar". Nicolás González Deleito.....	249
2.2. "La igualdad, la mujer y los Ejércitos". Luis B. Alvarez Roldán.....	259
2.3. "Don Manuel Montesinos Molina, Coronel de Caballería, precursor de la nueva Penología". José María Bueno Castellote...	269
2.4. "Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas". José María Bautista Samaniego.....	281
2.5. "Nota sobre el internamiento en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar". Juan María Vaca Sánchez del Alamo.....	305

### **3. INFORMACION**

- 3.1. "Nota sobre la legislación portuguesa en materia de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio". Antonio Millán Garrido. .... 315

## **II. TEXTOS**

### **1. LEGISLACION**

- 1.1. "Resumen de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional". Luis B. Alvarez Roldán. .... 334
- 1.2. "Comentario de urgencia a la Ley Procesal Militar". Agustín Corrales Elizondo. .... 338

## **TOMO II**

### **2. JURISPRUDENCIA**

- 2.1. PENAL Y PROCESAL MILITAR.
- 2.1.1. Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo. Javier Sánchez del Río Sierra. .... 355
- 2.1.2. Sala Quinta del Tribunal Supremo. Javier Sánchez del Río Sierra. .... 405
- 2.2. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR. Javier Sánchez del Río Sierra. .... 554
- 2.3. CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández. .... 571

### **3. DOCUMENTACION**

- 3.1. Ratificación por España de los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. .... 617
- 3.2. Información del C.I.C.R. sobre el estado de ratificación de los Convenios de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977. .... 642

## **III. VARIOS**

### **1. RECENSION DE LIBROS**

- 1.1. "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo X: "La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional" (Varios autores). Javier Sánchez del Río Sierra. .... 653

1.2.	“Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”. Vol. IV. (Varios autores). José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto....	659
1.3.	MUÑOZ ALONSO, JOSE MANUEL: "Derecho Administrativo Militar", Tomos I y II. Antonio Millán Garrido. ....	672
1.4.	J. C. FERNANDEZ MARTIN: "Legislación y Práctica Laboral Militar". José Luis Rodríguez-Villa- sante y Prieto .....	677
1.5.	"LA JUSTICE MILITAIRE SUISSE". Antonio Millán Garrido.....	680

## 2. RECENSION DE REVISTAS

2.1.	Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, T. XXVII-2 (1988). Antonio Millán Garrido .....	685
2.2.	Revista Argentina de Derecho Militar, números 5, 6 y 7 (1986-1988). Antonio Millán Garrido .....	687
2.3.	Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, XXVII-3-4 (1988). Antonio Millán Garrido .....	689

# **I. DOCTRINA**



# **1. ESTUDIOS**

## LA RATIFICACION POR ESPAÑA DE LOS PROTOCOLOS DEL 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949.

Javier SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA  
*Magistrado del Tribunal Supremo*  
*General Consejero Togado*

### I. INTRODUCCION.

España ha ratificado, transcurridos doce años desde su firma, lo dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra. La ratificación va acompañada de una declaración relativa al artículo 90.2 del Protocolo Adicional I y de siete declaraciones interpretativas sobre distintos aspectos a los que nos referiremos posteriormente (1).

El solo hecho de la ratificación merecería ya una nota, siquiera fuera a título informativo; pero la inclusión de unas declaraciones del género "interpretativo" como las formuladas, exige un espacio más amplio que la mera noticia. Lo exige, al menos, para el autor de este estudio que, ya desde ahora, declara sus serias dudas sobre una gran parte del contenido de la "interpretación" que probablemente no es necesaria y lamentablemente no es original. Tampoco le parece oportuna y considera, además, que va más allá de la simple interpretación para transformarse, en ocasiones, en auténticas reservas (2).

(1) El Instrumento de ratificación aparece en el B.O.E Nº 177, del 26 de julio de 1989.

(2) Vaya por delante una confesión: quizá el autor, que participó muy activamente en la elaboración de los Protocolos, sea poco objetivo. No lo quisiera. Mi postura es contraria a la más generalmente admitida en eso que ha dado en llamarse nuestro entorno natural, léase mundo occidental. Pero no es voz única. Ingenios más ilustres nadan en la misma dirección —contra corriente— aunque solo sea con la esperanza de que, algún día, las normas que ahora se discuten, y hasta se rechazan, puedan ser comprendidas en su verdadero alcance.

Los Protocolos adicionales ahora ratificados fueron adoptados el 8 de junio de 1977, tras una larga y muy difícil elaboración. Un análisis de cierta profundidad, y no menos objetividad, de su contenido obliga, al menos, a tener a la vista tres distintos aspectos: los objetivos que se perseguían; el sistema de su gestación y adopción; y, finalmente, los resultados efectivamente conseguidos en relación con los fines intentados.

### 1. *Los objetivos perseguidos.*

La elaboración de los Protocolos no fue una mera casualidad: responde a una necesidad sentida desde época muy próxima al 12 de agosto de 1949 en que se adoptaron los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. Ya en 1957, el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) había presentado un proyecto de normas de protección de la población civil, aprobado, en principio, por la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada aquel año en Nueva Delhi (3). Con posterioridad, nunca dejó el C.I.C.R. de ocuparse de un posible desarrollo del Derecho internacional humanitario teniendo en cuenta la evolución que estaba teniendo el fenómeno de la guerra.

La finalidad del C.I.C.R. al preparar la futura Conferencia diplomática que produciría los necesarios instrumentos de desarrollo del derecho de la guerra, era múltiple y se contenía, básicamente, en la Resolución XXVIII de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena en 1965. Su título era el de "Protección de la población civil contra los peligros indiscriminados de la guerra" (4) y declaraba, una vez más, que los Gobiernos deberían observar, al menos, los siguientes principios:

- que el derecho de las partes implicadas en un conflicto sobre los medios de agresión al enemigo no es ilimitado;
- que está prohibido lanzar ataques contra las poblaciones civiles en cuanto tales;
- que debe distinguirse en todo momento entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, de forma que esta última sea preservada tanto como sea posible;

(3) Vid. C.I.C.R. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra 1987, Pág. XXX. Las normas sufrieron un general rechazo gubernamental debido a su directa referencia a las armas nucleares, tema al que nos referimos más adelante.

(4) Vid. Texto en Manual de la Cruz Roja Internacional, Ginebra 1983, pág. 634 (versión española).

- que los principios generales del Derecho de la Guerra se aplican a las armas nucleares y similares.

En la Resolución XXIII de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán, se aborda idéntico asunto bajo la denominación de “derechos Humanos y Conflictos Armados” (5). Consecuencia de ello fue la importantísima Resolución 2444 (XXIII) de la asamblea de las Naciones Unidas, de fecha 19 de diciembre de 1968, que ratifica literalmente lo acordado por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja (omitiendo, sin embargo, muy significativamente toda alusión a las armas nucleares) e invita al Secretario General para que, en consulta con el C.I.C.R., dé los pasos necesarios para la reafirmación y el desarrollo del Derecho internacional humanitario (6).

El resultado de estas Resoluciones, en las que la Comunidad internacional por rara unanimidad mostraba una profunda preocupación por los crecientes males producidos por la guerra, fue la Conferencia Diplomática que, en los años 1974 a 1977, dio a luz los Protocolos. El trabajo fue preparado por una conferencia de Expertos Gubernamentales que se reunió en dos períodos de sesiones en los años 1971 y 1972, a la que el C.I.C.R. sometió documentación sobre las siguientes materias que constituyen, en definitiva, los fines perseguidos por los nuevos instrumentos internacionales (7):

- Disposiciones tendentes a reforzar la aplicación del Derecho internacional humanitario existente en los conflictos armados.
- Refuerzo de la protección de las Poblaciones civiles contra el peligro de las hostilidades.
- Reglas humanitarias relativas al comportamiento entre combatientes.
- Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Estatuto de los combatientes y el problema de la guerrilla.
- Protección de heridos y enfermos.

Estos propósitos han de ser tenidos en cuenta antes de emitir un juicio sobre los Protocolos y, en especial, sobre el Protocolo Adicional I, ya que el

(5) Vid. en SCHINDLER-TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*. A.W. Sijthoff, Leiden, 1973, Pág. 189

(6) Schindler-Toman; op. cit. pág. 191

(7) Documentación presentada por el C.I.C.R. a la Conferencia de Expertos. Fascículo I, Introducción, pág. 1. Cada uno de estos seis fines fueron objeto de un fascículo, del II al VII, completado con un VIII sobre Anexos documentales.

II, por razones a las que posteriormente aludiré, plantea menores problemas.

## 2. *Elaboración de los Protocolos.*

No sería suficiente la consideración de los fines perseguidos sin conocer, al menos sucintamente, el proceso de elaboración de los dos Protocolos (8).

En primer término, es de advertir que en la Conferencia, cuyo nombre revelador y completo era “Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados”, abreviadamente CDDH, estuvo presente prácticamente la totalidad de la comunidad internacional. Solo muy pequeños Estados faltaron a la cita. En el período de sesiones de 1974 (20.02 a 29.03) hubo 124 Estados representados; en el de 1975 (03.02 a 18.04) 120, en el de 1976 (21.04 a 11.06), 107; y en el de 1977 (17.03 a 10.06) 109. Solamente China, de entre las grandes potencias, estuvo ausente y su ausencia fue relativa: intervino plenamente en el período de sesiones de 1974 y, aunque no concurrió a los otros tres, manifestó mantener su interés en la Conferencia y su deseo de estar informada puntualmente de la marcha de sus trabajos (9). Por distintas razones —especialmente por la introducción del número 4 del artículo primero en el Protocolo I— se separó, apartándose de toda actividad y sin explicación alguna, la República de Sudáfrica (10). Las demás ausencias no fueron significativas por lo que bien puede reiterarse la universalidad de la CDDH. Una universalidad completada con la presencia activa de numerosos organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, movimientos nacionales de liberación, representantes de instituciones religiosas y, por supuesto, el C.I.C.R. y la Liga de las sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Pero más interesante que la generalizada presencia de la comunidad internacional resulta el hecho de que, en la sesión plenaria del 8 de junio de 1977, ambos Protocolos en su conjunto fueron aprobados por consenso con la sola observación de Francia que fue, digámoslo francamente, la voz discordante que, sin embargo, tampoco se opuso al consenso (11).

(8) Vid. los dos comentarios completos hasta ahora publicados: el ya citado del C.I.C.R. en nota (3) y BOTHE PARTSCH y SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1982.

(9) Actas conf. Volv, pág. 277. China se ha adherido a ambos Protocolos en 14 de septiembre de 1983.

(10) Permaneció, por el contrario, Israel que emitió el único voto en contra en plenarios. Actas, Vol. VI, pág. 41.

Es cierto que, en la adopción del Protocolo Adicional I, antes de llegar al consenso en su conjunto, se examinó su contenido artículo por artículo con las siguientes excepciones al consenso:

- Art. 1º Sometido a votación nominal, fue aprobado por 87 votos a favor, 1 en contra (Israel) y 11 abstenciones (España, entre ellas).
- Art. 42. Aprobado por 71 votos contra 12 (países del grupo árabe) y 11 abstenciones.
- Art.44. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 73 votos a favor contra 1 (Israel) y 21 abstenciones (España, entre ellas).
- Art. 51. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 77 votos contra 1 (Francia) y 16 abstenciones.
- Art. 52. Aprobado por 79 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones (entre ellas Francia, que fue la solicitante del voto).
- Art. 57. Aprobado por 90 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones (entre ellas, Francia que fue la solicitante del voto).
- Art. 58. Aprobado por 80 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (entre ellas Francia, solicitante del voto).
- Art. 89. Aprobado por 50 votos a favor contra 3 y 40 abstenciones.
- Art. 90. Aprobado por 49 votos contra 21 y 15 abstenciones.
- Art. 96. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 93 votos a favor 1 en contra (Israel) y 2 abstenciones (España y Tai-landia).

Del examen detallado de estos resultados, puede deducirse que, en un documento de 102 artículos, fueron aceptados sin mayores problemas y por consenso 92. De los diez restantes, que fueron aprobados por mayorías que pueden calificarse de aplastantes (12), cabe formar cuatro grupos:

a) Los artículos 1, 44 y 96, objetados exclusivamente por Israel y adoptados con 87, 73 y 93 votos a favor, respectivamente. En los dos primeros se abstuvieron principalmente los países del grupo occidental — con importantes excepciones— y en el 96 solamente España y Tailandia, sin que pueda saberse realmente por qué motivos, como no sea por una pura inercia derivada de su postura sobre los artículos 1 y 44.

b) El artículo 42, al que solo se opusieron 12 países del grupo árabe, que

(11) Actas, Vol VII, pág 205. Sobre la postura de Francia, no muy lógica, volveremos más adelante.

(12) De acuerdo con el Reglamento de la CDDH, se exigía una mayoría de dos tercios de representantes presentes y votantes para las decisiones de fondo (artículo 35). En todos los casos, como puede observarse, la mayoría fue mucho más amplia.

pretendían introducir una modificación claramente atentatoria contra el Derecho de la Guerra clásico y a todo principio humanitario: la posibilidad de atacar al piloto que, derribado su avión en combate, se lanza en paracaídas, cuando sea previsible que va a caer en territorio controlado por la Parte a la que el piloto pertenece.

c) Los artículos 51, 52, 57 y 58, objetados solamente por Francia, la que exigió voto y solo lo emitió contra el 51, absteniéndose respecto a los otros tres.

d) Los artículos 89 y 90 objetados, en el primer caso por excesiva imprecisión y en el segundo por posible ineficacia y riesgo de intervención en las competencias soberanas del Estado (13), sin que, pese a ello, hayan dado lugar posteriormente a reservas o declaraciones interpretativas.

Cabe deducir de lo que se acaba de exponer, que España—como, por otra parte, la mayoría del grupo occidental— solamente se planteó con seriedad las consecuencias que podían derivarse de los artículos 1, párrafo 4,44 y 96. En ningún momento tuvo dudas sobre los demás preceptos del Protocolo I, con la excepción del artículo 89 sobre el que la abstención fue una medida de excesiva prudencia derivada de su origen. El artículo 89 fue el resultado de una transacción conseguida tras numerosos esfuerzos para sustituir a las propuestas, mucho más concretas e inaceptables para los más, sobre la doctrina sobre las represalias.

No creemos necesario insistir aquí sobre el Protocolo II que, excepto en sus artículos 1 y 16, fue aceptado por consenso y que, por ser producto de un rechazo generalizado del proyecto elaborado por la Conferencia y de una enmienda transaccional a la totalidad que, en el último momento, presentó Pakistán, ha quedado reducido a poco más que una declaración de intenciones. Nuestro país, como todos los occidentales, lo ha ratificado pura y simplemente, pues no plantea especiales problemas (14).

El consenso alcanzado en el Protocolo I tiene su explicación en el propio método de trabajo de la Conferencia. Se dividió ésta en tres Comisiones principales que se ocuparon, cada una de ellas, de un grupo de materias. Las Comisiones, a su vez, constituyeron cuantos grupos de trabajo fueron

(13) España se abstuvo en la votación del art. 89. Por un evidente error de Secretaría, la explicación de su voto aparece en la página 79 del volumen VI de las Actas, como referida al artículo 7 (téngase en cuenta que el art. 89 era, en el proyecto, un artículo no numerado para colocar antes o después del 70: la mecanógrafa debió omitir el 0).

(14) En alguna ocasión quisiera ocuparme de este documento, aunque solo sea como un ejercicio de estilo, como gráficamente afirmó el embajador Bindscheller, de Suiza, en relación con algunos de los artículos procedentes de la enmienda de Pakistán, de los que había desaparecido todo su pleno significado.

precisos para alcanzar textos aceptables para todos. Este sistema de trabajo exigió un notable esfuerzo y, por supuesto, una gran pérdida de tiempo: el trabajo de pasillos fue tan importante como el oficial. El embajador Aldrich, que presidió la delegación de los Estados Unidos, afirma que “una de las razones por las que la conferencia exigió cuatro períodos de sesiones fue la necesidad de una gran cantidad de tiempo y esfuerzos encaminados a obtener compromisos generalmente aceptables, en vez de enfrentar votos potencialmente destructivos (15).

Desde el primer momento se intentó que los textos, a fuerza de ceder sus autores en parte y de aceptar enmiendas en cuanto fuera posible, a fuerza de tejer y destejer, de avanzar y retroceder, llegasen a ser texto de general aceptación.

De esa forma, incluso los artículos que no obtuvieron la unanimidad, consiguieron en votación mayorías de notable importancia.

### 3. *Los resultados.*

Las circunstancias que quedan expuestas en el anterior apartado deberían plantearnos seriamente qué problema o problemas han llevado posteriormente a reticencias y hasta objeciones que están atentando gravemente contra la eficacia de unos instrumentos internacionales, cuya necesidad es agobiante. Por eso, antes de entrar en el examen de aquel o aquellos problemas —en relación con las declaraciones interpretativas españolas— puede ser interesante hacer una somera valoración de los resultados obtenidos en función de los objetivos perseguidos.

A mi juicio, los seis objetivos perseguidos por los Protocolos han sido llevados a la realidad por los siguientes preceptos:

A.- Objetivo primero: reforzar la aplicación del Derecho internacional humanitario existente. El C.I.C.R. proponía, a este respecto, el estudio de cuatro grupos de materias (16):

- a) Normas sobre difusión y aplicación de los principios y reglas humanitarias, lo que se ha traducido en los artículos 82, 83 y 84 del Protocolo I y 19 del Protocolo II.
- b) Normas sobre el control más eficaz de la observancia y cumplimiento.

(15) GEORGE H. ALDRICH, *Some reflections on the origins of 1977 Geneva Protocols*, en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, 1984. Págs. 129 y sigs, esp. 133.

(16) Documentación C.I.C.R. Conferencia de Expertos, Fascículo II.



to del derecho vigente. En este aspecto, cabe citar los artículos 5 (potencias protectoras), 6 (personal cualificado), 81 (actividades del C.I.C.R. y otras organizaciones humanitarias) y, en cierto modo, artículo 90 (comisión de encuesta), todos del Protocolo I.

- c) Normas más eficaces sobre sanción de las violaciones del derecho en vigor. A ello se dirigen los artículos 85 al 91 del Protocolo I.
- d) Represalias. En esta materia, no fue posible un avance sustancial, aunque se incluyeron prohibiciones concretas en los artículos 20, 51.6, 52.1, 53.3, 54.4, 55.2 y 56.4 del Protocolo I.

B.- Objetivo segundo: protección de las poblaciones civiles contra los peligros derivados de las hostilidades. En realidad, este fue el fin principal perseguido por las normas adicionales a los convenios. La más importante víctima de la guerra moderna es la población civil y esta idea late en todo el desarrollo actual del Derecho internacional humanitario. Sería inútil, por eso, enumerar aquí los preceptos que, de modo directo o indirecto, tienen como objeto conseguir una mejor protección de la población civil. Ambos Protocolos, en su totalidad, tienen este fin último. De modo directo, además, todo el Título IV del Protocolo I (arts 48 al 79) y el IV del Protocolo II (arts. 13 al 18).

C.- Objetivo tercero: Reglas humanitarias relativas al comportamiento de los combatientes. El propósito era, en este punto, conseguir un desarrollo de los principios muy generales contenidos en los Convenios de La Haya 1899/1907.

Las ideas contenidas en la documentación presentada por el C.I.C.R. (17) se plasmaron en los artículos 35 al 42 del Protocolo I.

D.- Objetivo cuarto: protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional. Fin conseguido, aunque con evidentes limitaciones como ya se ha dicho anteriormente, por el Protocolo Adicional II en su conjunto.

E.- Objetivo quinto: estatuto de los combatientes y el problema de la guerrilla. El fin planteado por el C.I.C.R. se limitaba realmente a conseguir una norma suficiente a proteger a los combatientes de todos los conflictos armados, incluidos, por tanto, los que utilizan la guerrilla como método de guerra (18). El resultado fue, quizá, más amplio que el inicialmente planteado.

En el Proyecto elaborado por la Conferencia de expertos y presentado después, como punto de partida, ante la CDDH (19) no aparecía más que un

(17) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo IV.

artículo 42 sobre los que se llamaba “nueva categoría de prisioneros de guerra” si bien en el artículo 40 se trataban las llamadas “misiones independientes” que han pasado a ser el actual artículo 46, sobre espías. El resultado final de los trabajos de la CDDH ha sido la Sección II de Título III del Protocolo I, “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra”, que incluye cinco importantes disposiciones: art. 43 (concepto de Fuerzas Armadas), 44 (Combatientes y prisioneros de guerra), 45 (otras personas que han tomado parte en las hostilidades), 46 (espías) y 47 (mercenarios).

F.- Objetivo sexto: protección de heridos y enfermos. El propósito perseguido era doble: de una parte, ampliar la protección de heridos, enfermos y naufragos, suficientemente desarrollada para las Fuerzas Armadas en los Convenios I y II, pero muy limitada para la población civil; y de otra, conseguir una mayor protección de los transportes sanitarios, en especial los aéreos (20). El resultado puede considerarse especialmente feliz mediante el Título II del Protocolo I y el Título III del Protocolo II. Tres problemas muy arduos fueron abordados y solucionados bastante satisfactoriamente: la protección de las personas contra tratos médicos abusivos (art. 11 del Prot. I y 5 del Prot. II), la protección general de la misión médica (arts. 16 Prot. I y 10 Prot II) y la protección de aeronaves sanitarias (arts. 18 a 24 al 31 del Prot. I) (21).

Como consecuencia de cuanto queda dicho, parece que puede concluirse que los resultados obtenidos fueron suficientemente satisfactorios. Se plantearon cuestiones de suma importancia que consiguieron, las más de las veces, una solución admitida por unanimidad; en alguna ocasión, una solución admitida mayoritariamente, con mayorías no ya absolutas o calificadas, sino cercanas a la unanimidad; y solo en una materia —problema de las represalias— con una solución parcial pero generalmente admisible.

En tales circunstancias, cabe preguntarse de nuevo cuál o cuáles han sido los motivos que dan lugar ahora a reticencias que van desde el rechazo radical del Protocolo Adicional I por Francia —y muy probablemente por los Estados Unidos—, hasta su aceptación limitada con declaraciones interpretativas de distinto alcance, pero que ocultan, en muchos casos, verdaderas

(18) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo VI.

(19) Documento CDDH 3, Ginebra 1973.

(20) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo VII.

(21) Vid. Waldemar A. Solf, *Development of the protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, en *Etudes... en l'honneur de Jean Pictet*, cit. pág. 240.

reservas. No es éste el motivo de este artículo, pero el tema queda planteado ante las declaraciones que presenta España y que a continuación me propongo examinar.

## II. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS PRESENTADAS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL

### 1ª.- *Al Protocolo I en su totalidad*

El Gobierno del Reino de España "entiende que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales, y sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables a otros tipos de armas".

Esta declaración es extraordinariamente grave, a mi juicio, pues desvirtúa, en gran parte, la finalidad fundamental del Protocolo y muestra, además, que el redactor de la declaración ha copiado, pero ha copiado muy mal (22).

El origen de esta declaración hay que buscarlo en las manifestaciones hechas por los Estados Unidos y por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el momento de la firma del acta final de la CDDH y por el representante de Francia en la Sesión plenaria del 8 de junio de 1977.

Los Estados Unidos, en su declaración escrita, decían lo siguiente:

"Entienden los Estados Unidos de América que las normas contenidas en este Protocolo *no* tuvieron como fin el producir efecto alguno sobre el uso de las armas nucleares y en consecuencia ni lo regulan ni lo prohíben". (23).

El Reino Unido, por su parte, incluye entre otras notas interpretativas presentadas en la misma ocasión, la siguiente:

"que las nuevas normas introducidas por el Protocolo no tienen como fin el producir efecto alguno o regular o prohibir el uso de armas nucleares". (24).

Francia, finalmente, en la citada sesión plenaria de 8 de junio de 1977, y antes de que se procediese a la adopción de los dos Protocolos en su conjunto por consenso, hizo una amplia declaración en la que, entre otras, aparecen las siguientes frases:

(22) Probablemente, igual de mal que Bélgica, cuya declaración, en este punto, deja mucho que desear.

(23) *It is the understanding of the United States of America that the Rules established by this Protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons.*

(24) *That the new rules introduced by the Protocol are not intended to have any effect on and do regulate or prohibit the use of nuclear weapons.* El texto completo de declaraciones de U.S.A. y U.K., en Bothe, Patsch, Solf, op. cit. pág. 721.

“... su Gobierno no admite en modo alguno que las disposiciones del Protocolo I... puedan prohibirle el empleo de cualquier arma específica que estime necesaria para su defensa. El Gobierno de Francia tomó nota desde 1973 de que el C.I.C.R. no había incluido en sus proyectos reglamentación alguna sobre las armas atómicas. Al participar en la elaboración de las disposiciones de los Protocolos adicionales, el Gobierno de Francia solo tomó en consideración los conflictos en que se empleen armas convencionales... (25).

No es éste el lugar indicado para entrar en el debate sobre las armas nucleares y su relación con las disposiciones del Protocolo. El debate existe (26).

La sola lectura de las observaciones hechas por las tres potencias citadas, todas ellas dotadas de armamento nuclear, da ya a conocer, al menos, dos posturas distintas: los Estados Unidos y el Reino Unido se limitan a manifestar que las normas del Protocolo no pueden producir efectos sobre el empleo del arma nuclear, ni intentan su regulación o prohibición; Francia va más allá y afirma que no se han tomado en consideración, para la adopción de las nuevas normas, más que los conflictos en que se emplean armas convencionales. La discrepancia misma de las tres potencias nucleares permite la duda sobre el posible alcance del Protocolo en esta materia. Sus posturas son, además, más que discutibles, pues, si es cierto que desde el primer momento se excluyó intencionadamente toda discusión sobre las armas nucleares —sin que por tanto exista prohibición o autorización expresas, sino simplemente silencio—, no se excluyó nunca, ni se pudo excluir, una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter “protector”, que intenta paliar, en la mayor medida posible, los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Cualquier exclusión global del tema equivaldría a dejar sin efecto el Protocolo mismo. El arma atómica no ha sido prohibida, pero su utilización habrá de tener en cuenta, sin duda alguna, los principios que consagra el Protocolo, en

(25) Actas. Vol VII, pág 205.

(26) C.I.C.R., “Commentary ...”, cit. pág. 589-596. Parte de la doctrina estima que las armas nucleares están incluidas en el Protocolo y afectadas por sus limitaciones. Así, Ipsen, “Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht” en *Zeitschrift für Asuländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vl. 38, pág. 43 (opinión no compartida por los coautores del artículo, Profs. Bothe y Partsch). Igualmente, Elmar Rauch, *L’emploi d’armes nucléaires et la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, *Rev. Hellenique du Droit International*, 33 éme année 1980. En contra, Henri Meyrowitz, “L’estratégie nucléaire et le Protocol Additionnel I aux Conventions de Genève de 1949” en *Rev. Général de Droit International Public*, vol. 83. 1979; y Solf, en “New Rules...”, cit., nota 12 en página 191.

el que la necesidad militar y proporcionalidad están adecuadamente representadas.

Y aquí aparece la gran crítica a la declaración de nuestro Gobierno. Por varios motivos:

En primer lugar, porque la declaración va más allá incluso que las de los Estados Unidos y del Reino Unido que, en sí misma, constituyen una grave declaración, pero que no excluyen la aplicación del Protocolo —o de partes de él— en el supuesto de utilización del arma nuclear. Parece claro que, con la interpretación de los dos países, seguirá siendo aplicable el Protocolo en su mayor parte, pues lo único que reservan es la posibilidad de hacer uso del arma cualquiera que fuere el resultado. Después de todo, siempre serán aplicables los Títulos I, II, III completos, los Capítulos V y VI de la Sección I y las secciones II y III del Título IV, y la totalidad de los Títulos V y VI. Es decir, que solo los cuatro primeros Capítulos de la Sección I del Título IV pueden quedar afectados — y aun excluidos— por la reserva. La declaración española, por el contrario, y siguiendo un poco la postura maximalista de Francia, es radical: el Protocolo solo se aplica a la guerra con armas convencionales y, “a sensu contrario” no es aplicable en cuanto se utilicen las armas nucleares ( y biológicas o de cualquier otro tipo imaginable). Tal como queda redactada la torpe interpretación, convierte en inútil la ratificación desde el momento en que cualquier tercero transforme la guerra convencional en otro tipo de guerra mediante la utilización, aunque sea esporádica, de armas no convencionales.

La torpeza aumenta si se tiene en cuenta que España no solo no es una potencia nuclear, sino que reiteradamente afirma una política antinuclear, por no citar su propia decisión de ser desnuclearizada. Se podrá argüir en favor de esta declaración que hemos de seguir la misma dirección que nuestros aliados de la Alianza Atlántica, pero es argumento que carece de base y de fuerza: ni la alianza se ha manifestado sobre el asunto, ni hay unanimidad entre sus miembros. Los Países Bajos, Dinamarca, Islandia y Noruega han ratificado el Protocolo sin especificación alguna sobre el asunto. Francia, más consecuente con su radical postura, ha manifestado su rechazo a la totalidad del Protocolo y su intención de no ratificarlo (27). Italia, al proceder a la ratificación, ha presentado una declaración más correcta: “entiende el Gobierno de Italia que las normas sobre el uso de armas, introducidas por el Protocolo Adicional I, se refieren exclusivamente

(27) Por el contrario, tiene ya ratificado el Protocolo II. La postura de Francia es sorprendente si se tiene en cuenta su muy activa participación y notable peso en la elaboración de los textos.

a las armas convencionales. No prejuzgan cualquier otra norma de Derecho Internacional que sea aplicable a otro tipo de armas". La declaración española, como la belga, resultan incompresibles.

La declaración interpretativa de España adolece, además, de otra imprecisión mayor: entiende el Gobierno que este Protocolo, "en su ámbito específico", se aplica sólo a las armas convencionales. Pero ¿cuál es el ámbito específico del Protocolo? Aquí aparece un nuevo elemento de confusión, pues el ámbito de aplicación del Protocolo está definido en los números 3 y 4 del artículo 1º. El número 3 se refiere a las situaciones contempladas en el artículo 2, común a los cuatro Convenios de 1949 y es, por tanto, un ámbito genérico: en tales situaciones, se aplica todo el Derecho. Por el contrario, el nº 4 es específico del Protocolo al extender las situaciones previstas en el número 3 a los conflictos armados contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y regímenes racistas. En estos tipos de conflicto es específicamente aplicable el Protocolo, ya que, del Derecho preexistente, solo serán aplicables las normas consuetudinarias, pero no las convencionales (28). Si a tales consecuencias llegamos, habremos de admitir que la declaración española no responde a lo que, al parecer, era su intención, pues en la guerra clásica o en los conflictos armados a que se refiere el artículo 2, común, resultaría aplicable el Protocolo aunque llegase a ser utilizada el arma nuclear.

Mucho nos tememos que la postura del Gobierno estaba más próxima a la de la declaración italiana. Quizá debo interpretar las palabras "en su ámbito específico" en relación con el uso de ciertos medios de hacer la guerra y no con el ámbito de aplicación del Protocolo. Quizá hay solo una mala redacción castellana. Quizá, al fin, sea precisa otra declaración interpretativa que interprete la interpretación...Pero, en todo caso, resulta lamentable comprobar a dónde puede llegar el temor de que se nos pueda considerar autoexcluidos del club de los grandes. No otra explicación puede tener esta declaración interpretativa que no interpreta, aclaratoria que introduce confusión y comprensiva de una política que, al menos en su apariencia, es radicalmente opuesta a la política que mantiene el Gobierno que la formula.

Dos palabras más habría que añadir a este comentario: esta declaración implica una verdadera reserva y, frente a la opinión contraria (29), estimamos que esta reserva es incompatible con el fin y objeto del tratado, con lo que cae de lleno en el apartado c) del artículo 19 del Convenio de Viena sobre

(28) CASSESE, "Wars of national liberation and humanitarian Law"; en "Etudes... en l'honneur de Jean Pictet" cit. pág. 323. Vid. también C.I.C.R. "Commentary...", cit. págs. 39 y sigs.

(29) SOLF, en "New Rules...", cit. página 191.

los tratados. La declaración es de carácter tan general, que puede realmente desvirtuar el propio Instrumento al que se refiere.

2ª.- *A los artículos 1, párrafo 4, y 96, párrafo 3.*

“Estos artículos se interpretarán de acuerdo con el Principio enunciado en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, tal y como figura desarrollado y reafirmado en los siguientes textos:

- 1.- Párrafo dispositivo 6 de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1960.
- 2.- Último párrafo relativo al Principio de Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los Pueblos, de la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970”.

Aunque uno se pregunta si realmente es necesaria esta declaración, a la vista de la propia redacción del párrafo 4 del art. 1º del Protocolo — ya que expresamente se remite a la Carta y a la Resolución 2625 (XXV) —, no puede ser tan crítico con ella como lo ha sido con la anterior.

El párrafo 4 del artículo 1º fue objeto de serias preocupaciones y, como ya vimos anteriormente, fue rechazado de plano por Israel con la abstención de 11 Estados. La votación se realizó sobre el artículo en su conjunto, pero tanto Israel como los abstenidos explicaron su postura en razón al párrafo 4. La delegación de España presentó una declaración explicativa que dice así:

“Haciendo uso de la facultad de explicar sus votos por escrito, que ha sido recientemente concedida a las delegaciones participantes en la Conferencia, la Delegación de España desea hacer constar que su abstención en la votación del artículo 1 del Protocolo I obedece a la redacción dada al párrafo 4, cuya formulación da la impresión de que el tratamiento jurídico de un conflicto armado pudiera estar en relación con los motivos o los fines que hayan podido impulsar a las Partes contendientes, lo que, a su vez, pudiera interpretarse como un reflejo de la filosofía, por nadie admitida hoy, según la cual el fin justifica los medios.

Además, ese párrafo incluye el concepto, de muy difícil definición objetiva, de movimientos de liberación nacional, que, en opinión de la

Delegación de España, por las razones antedichas, que fueron oportunamente señaladas, no tiene lugar en este artículo.

La Delegación de España expresa su respeto y comprensión hacia el criterio seguido por las delegaciones que han propugnado y aprobado este párrafo y, finalmente, subraya su conformidad con los tres primeros párrafos del artículo 1. (30).

La oposición española a este párrafo no era nueva. Se había puesto también de manifiesto en el seno de la Comisión I en la que emitió voto negativo. Por otra parte, la posición de nuestro País coincidía con la de otros países occidentales, que manifestaron sus reservas respecto a la redacción del párrafo, aún admitiendo todos ellos la necesidad de dar protección a las víctimas de lo que, en términos no muy precisos, se podrían llamar guerras coloniales o guerras por la independencia. Esta postura se manifiesta en las once abstenciones que corresponden, precisamente, a 10 países occidentales (Mónaco, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia y Japón) a los que se unió Guatemala. En general, compartían tales Estados la preocupación sobre la inseguridad que podía derivar de tal párrafo y quizá las palabras que mejor reflejan ese estado de ánimo sean las de la declaración formulada por la República Federal de Alemania.

“Las expresiones *dominación colonial, ocupación extranjera y regímenes racistas* no son criterios objetivos, sino que se prestan a interpretaciones y aplicaciones arbitrarias, inspiradas en razones de orden subjetivo y político. Además, han sido elegidas más bien en función de problemas y objetivos a corto plazo, y en consecuencia no encajan debidamente en un instrumento jurídico al que se quiere dar una validez de larga duración (31).

La declaración interpretativa que presenta ahora España responde a esta preocupación, saliendo al paso de pretensiones “subjetivas” o “políticas” que serían incompatibles con principios universalmente aceptados que afectan a la soberanía e integridad territorial de los Estados.

La realidad es que, como observaba la República Federal de Alemania, el párrafo 4 del artículo 1 nació con unas finalidades muy concretas y

(30) Actas, Vol. VI, pág. 62.

(31) Actas, Vol. VI, pág. 60.



puramente temporales. Tan concretas, que casi se puede decir que se estaba pensando en tres únicos países: Portugal (“dominación colonial”; el párrafo se adoptó en 1974), Israel (“ocupación extranjera”) y República Sudafricana (“régimenes racistas”) (32). El Prof. Karl Josef Partsch hace un detenido análisis del precepto para concluir que su alcance es verdaderamente muy limitado (33). Pese a ello, no puedo rechazar la declaración de nuestro Gobierno, si bien me permito una observación: quizá la referencia al último párrafo sobre el Principio de Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los Pueblos, contenido en la Resolución 2625 (XXV) debiera haberse extendido también a su párrafo penúltimo. Puestos a matizar el artículo 1.4 —y, correlativamente, el 93.3—, cuanta más precisión mejor (34).

3ª.- A los artículos 41, 56, 57, 58, 78, y 86

El Gobierno del Reino de España “entiende que la palabra posible significa que el asunto a que se refiere es factible o posible en la práctica, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el momento en que se produce el hecho, incluyendo en las mismas aspectos humanitarios y militares”.

(32) CASSESE, *War of national liberation...*, cit. pág. 319. El autor no comparte, sin embargo, el criterio de la R.F.A. y otros occidentales, a los que culpa en parte de la ambigüedad del precepto al haberse opuesto a postura más progresista como las que mantuvieron las delegaciones de Australia y Noruega.

(33) BOTHE, PARTSCH, SOLF, *New Rules...*, cit. pág. 50-52. Más limitada es todavía la conclusión de Frits Kalshoven (citado por Partsch) para quien el párrafo podría haber sido sustituido por una referencia a “los pueblos de Sudáfrica y de Palestina”.

(34) El artículo 2, número 4, de la Carta de las Naciones Unidas dice así: *Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.* El párrafo dispositivo 6 de la Resolución 1514 (XV) dice así: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Finalmente, los aludidos párrafos de la Resolución 2625 (XXV) son los siguientes: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. “Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. (Un estudio completo sobre esta declaración, puede verse en Elisa Pérez Vera, “Naciones Unidas y los Principios de la Coexistencia Pacífica”, Tecnos).

Esta declaración está directamente inspirada en la que, en el momento de la firma del acta, presentó el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y es copia exacta de la que, en el momento de su ratificación, ha presentado Italia.

Yo me permito disentir de esta declaración y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, por una razón puramente filológica; y, en segundo término, por una razón lógica.

La razón filológica o lingüística es clara: ignoro si en inglés puede haber alguna duda sobre el sentido de la palabra "feasible", que es la utilizada en los artículos 41, 57 y 58 del texto en aquel idioma y a la que concretamente se refería la declaración del Reino Unido, la cual, además, explicaba que "feasible" debe entenderse como "lo que es practicable o prácticamente posible teniendo en cuenta todas las circunstancias del momento incluso las relativas al éxito de las operaciones militares". Pero, por lo que hace al texto español, creo que se entiende por sí solo sin necesidad de que nada se explique.

La palabra "factible", que es la que se ha empleado en el texto español como equivalente a "feasible" en los artículos 57 y 58, tiene un sentido claro: "lo que se puede hacer" (Diccionario de la Real Academia); lo que es "hacedero", "posible", "realizable", "susceptible de ser hecho" (Diccionario del uso del Español, María Moliner). Y no otra cosa dicen los citados artículos. No precisan, a mi juicio, de mayores explicaciones: debe hacerse lo que se puede hacer, y no se hará aquello que interfiera gravemente en las operaciones militares de acuerdo con las normas de proporcionalidad y economía por las que se rigen. La misma utilización de la palabra indica que no se trata de normas absolutas.

Otro tanto cabe decir de la palabra "posible". Posible es "lo que puede ser" o "se puede ejecutar" y hacer lo posible o todo lo posible es "no omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro de lo que se intenta" (Diccionario de la Real Academia); y es también "procurar". Lo posible no fuerza, salvo en la medida en que algo intentado permita el esfuerzo. No se habla, por tanto, de exigencias inalcanzables u obligaciones inasequibles. Creo que nuestro idioma es claro y cualquier militar que lea cualquiera de los artículos interpretados sabrá, perfectamente, sin necesidad de interpretación, cuál es su alcance.

Hay una segunda razón no gramatical, para rechazar la declaración. La he llamado lógica y no sé si es la palabra adecuada. Lo que quiero decir es que, hasta cierto punto, es incongruente: no se pueden medir por el mismo rasero todos los artículos. En primer lugar, porque no todos utilizan la misma

terminología: en los artículos 57 y 58 y 86 no se utiliza, en la versión española, la palabra "posible", sino la palabra "factible" (35). Y aunque ambas tiene un sentido similar, no resulta admisible que el Gobierno español —y sus funcionarios responsables— y las Cortes que le autorizan demuestren no haber leído los textos y pretendan aclarar una palabra que no se usa (36). En segundo lugar, porque la esencia de todos los artículos aquí interpretados es distinta y la fuerza de las palabras que contienen es necesariamente distinta: los artículos 41, 56 y 78 son de contenido fundamentalmente humanitario y, consecuentemente, la exigencia de lo posible es mayor en relación con su aspecto humanitario; los artículos 57 y 58 son de contenido preferentemente táctico y, por tanto, la necesidad militar tiene un mayor peso que su aspecto indirectamente humanitario; el art. 86, finalmente, tiene un contenido de carácter penal para cuya valoración habrá que atender a más circunstancias que a los meros aspectos humanitarios y militares a que se refiere la declaración interpretativa.

Quede, pues, aquí constancia de la disconformidad del autor de esta nota sobre la discutible interpretación. Esta opinión, ciertamente, es tan discutible como la declaración, pero, por supuesto, de menor trascendencia. Yo no soy un Gobierno copiando a otro. Y me parecería, sin embargo, faltar a mi propio sentido jurídico si no mostrase mis profundas dudas sobre la necesidad y oportunidad de tan absurda y foránea explicación.

5ª. Al artículo 44, párrafo 3.

El Gobierno del Reino de España "entiende que los criterios contenidos en el párrafo b) del citado artículo respecto a distinción entre combatientes y población civil pueden ser solamente aplicados en territorios ocupados. Asimismo interpreta que la expresión despliegue militar significa cualquier movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que un ataque va a ser lanzado".

Pocos artículos han sido tan debatidos como el 44. Se puede decir que toda la labor desarrollada por la Comisión III de la CDDH durante los tres primeros períodos de sesiones (1974, 1975 y 1976) estuvo prácticamente

(35) En congruencia con la versión inglesa, que utiliza *feasible* y con la francesa que, en los tres supuestos, aplica el giro *pratiquement possible*.

(36) Sospecho que hay aquí, como se ha dicho, una traducción de la declaración italiana: interpreta la palabra *feasible*, pero el texto inglés no la emplea en el artículo 56 en el que se habla de *practical precautions*. Además, el Reino Unido, al hacer la declaración, distinguió perfectamente la distinta naturaleza de los artículos citados y se refiere exclusivamente al uso de *feasible* en los artículos 41, 57 y 58 y no a los demás.

limitado a conseguir un texto de este artículo 44 tal como hoy podemos leerlo. No es éste ni el momento ni el lugar para una exposición amplia de su amplia problemática (37). España, que se abstuvo en la votación, presentó la siguiente explicación de voto:

“La Delegación de España desea, con motivo de su abstención en la votación sobre el artículo 42 (definitiva numeración, la actual 44) del Protocolo I, dejar constancia de que las circunstancias que motivaron una actitud idéntica, de su parte, cuando se produjo la adopción del mismo artículo en la Comisión III, no han cambiado, a su juicio, y no justifican un cambio de actitud en este momento.

El texto puesto a votación no garantiza, en efecto, como ya se hizo notar entonces, la seguridad de la población civil, fin capital de los instrumentos que se discuten. Los términos en que el artículo está redactado podrían favorecer, a juicio de la delegación de España, el desarrollo del nuevo fenómeno llamado guerrilla urbana y, por consiguiente, cierta forma de terrorismo, constituyendo, en tal concepto, un riesgo grave para la seguridad de los Estados y, en definitiva, un paso en el camino de la subversión internacional” (38).

Aunque es cierto que el artículo 44, en especial en su párrafo 3, puede poner en mayor riesgo a la población civil, y aunque es cierto también que el fin capital de los Protocolos era incrementar su seguridad, no me parece que se puede llegar, a su vista, a la conclusión a que llega la declaración que acaba de transcribirse. No olvidemos que, al inicio de la CDDH, también se planteaba el problema del estatuto del guerrillero en cuanto especie de combatiente legítimo y que el artículo 44 está en íntima y necesaria relación con el 43 (39) y con el resto de los que componen el capítulo: el artículo 44 solo se refiere a combatientes legítimos, es decir, a personas que tiene el derecho a combatir.

Tampoco es posible olvidar que estamos hablando de un instrumento internacional aplicable a conflictos armados internacionales, por lo que parece abusivo hablar de guerrilla urbana y de terrorismo (40). Sin embargo

(37) El lector puede satisfacer su curiosidad en los correspondientes comentarios al art. 44 en los ya citados del C.I.C.R. y de Bothe, Parsch y Solf. También puede resultar interesante — y no menos instructiva— la consulta de la *Revue de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre*, tomo XXI, número 1-2-3-4, 1982, que recoge los trabajos de la reunión de la Sociedad en Lausanne del 2 al 6 de septiembre de 1982.

(38) Actas, Vol. VI, pág. 141.

(39) Solf, en *New Rules...*, cit., pág. 248 y sigs.

(40) Tampoco puedo entrar en este tema que, a mi juicio saca de quicio al Protocolo. El Presidente Reagan ha llegado a similares niveles de incompreensión en el escrito de 29 de enero

la ambigüedad que aparece en la redacción del párrafo 3 y, sobre todo, las torcidas interpretaciones —o las interesadas interpretaciones— de que ha sido objeto bien merece alguna mínima interpretación por parte de los Gobiernos que, responsablemente, desean aplicarlo si ratifican el Protocolo. En este sentido, la declaración española es plausible, pues, se refiere a dos de los escollos que el artículo plantea: el de las circunstancias en que puede ser admitida la no distinción de los combatientes respecto a la población civil (ámbito de aplicación del nº 3 del art. 44) y el de los límites mínimos con que, incluso en tales circunstancias, el combatiente ha de mostrarse como tal (momento a partir del cual, la ocultación de su cualidad empezaría a ser perfidia).

En el primer aspecto, la declaración española es, quizá, excesivamente restrictiva al considerar el párrafo aplicable solamente “en los territorios ocupados”. El párrafo fue pensado, preferentemente, no para territorios ocupados, sino para las luchas extraordinarias a que se refiere el nº 4 del artículo 1 y, muy en especial, para las llamadas de liberación nacional, que mantenían los pueblos coloniales contra sus metrópolis. Hablar en estos casos de territorios ocupados parece desorbitado. Ciertamente, el C.I.C.R., al proponer un desarrollo del derecho en este aspecto, pensaba más bien en la insuficiencia del artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra. El Reino Unido, a la firma del Protocolo, estimaba que este párrafo era aplicable en los territorios ocupados y en los conflictos armados previstos en el art. 1.4; y en el mismo sentido se manifiestan, en el momento de su ratificación, Bélgica, Nueva Zelanda y la República de Corea. En sentido más restringido, similar al de España, Italia al ratificar y la República Federal de Alemania en su explicación de voto ante la Conferencia (41). Tras un examen del texto — que se refiere a la naturaleza de las hostilidades y no a su causa— parece más aceptable pensar que las únicas situaciones de excepción se dan en territorio ocupado o en los conflictos del nº4 del art. 1 (42), aunque algunos entiendan que este segundo caso es sólo un supuesto especial del primero.

de 1987 con el que remite al Senado, para su ratificación, el Protocolo II y previene contra la del Protocolo I. Vid. *American Journal of International Law*, oct. 1987, vol. 81, nº 4, seguido de una refutación a cargo de Hans-Peter Gasser, Asesor Jurídico del C.I.C.R. De este mismo autor, *Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario*, XI Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de S. Remo (Italia), sept. 1985. En la redacción del artículo 44 intervinieron, por cierto, de forma decisiva, los relatores de la Comisión III, el Prof. Baxter y el Embajador Aldrich, ambos norteamericanos y el último, jefe de la Delegación de los Estados Unidos.

(41) Actas, Vol. VI, pág. 140.

(42) C.I.C.R., *Commentary...*, cit, págs 529 y sigs. en las que se examina ampliamente este problema. El autor de este artículo mantuvo la postura, también quizá excesivamente restrictiva de que este párrafo era solo aplicable a los supuestos del Art. 1.4. Vid. *Rev. de Droit Penal Militaire*, volumen citado en nota 37.

El segundo problema que intenta solucionar la declaración es de gran complejidad, pues los términos “despliegue militar” han sido interpretados según el gusto de cada cual. La declaración española es coincidente con la interpretación generalmente aceptada por el mundo occidental y muy especialmente por la República Federal de Alemania que fue, además, la proponente del párrafo en orden a determinar con la mayor claridad posible los mínimos exigibles para poder considerar combatiente legítimo al guerrillero que normalmente no se distingue de la población civil (43).

En cualquier caso, los problemas que plantea el artículo 44 —y no solo su párrafo 3, aunque éste muy particularmente— que, partiendo del deber de los combatientes de distinguirse siempre de la población civil no combatiente, admite situaciones en que ésto no es posible, exige por parte de los protagonistas internacionales una gran dosis de buena fe en su interpretación. Solo así, sin perder de vista que tales circunstancias solo pueden ser muy excepcionales, que el art. 44 forma parte de una estructura de la que son también parte los artículos 43 y 45 —ambos en íntima relación con aquél— y que la finalidad perseguida es la de alcanzar una protección adecuada a los combatientes de la guerra de guerrilla puestos fuera de combate, podrá llegarse a una comprensión perfecta de todo el precepto.

Reconozcamos, porque es de justicia, que la buena fe no es abundante en las relaciones internacionales. Las aclaraciones españolas —como sus paralelas de otros países occidentales— pueden contribuir a una mejor comprensión del artículo 44, pero de nada servirá si falta aquella buena fe en las partes afectadas por el conflicto. Y en estas situaciones, pedir objetividad es tanto como predicar en el desierto.

#### 5ª. A los artículos 51 al 58

El Gobierno del Reino de España “entiende que la decisión adoptada por mandos militares, u otros con facultad legal para planear o ejecutar ataques que pudieran tener repercusiones sobre personal civil, bienes o similares, no puede necesariamente ser tomada más que sobre la base de informaciones pertinentes disponibles en el momento considerado y que ha sido posible obtener a estos efectos”.

(43) Las interpretaciones sobre el despliegue son muy variadas. El Relator de la Comisión daba tres posturas: *Algunas delegaciones declararon que lo entendían como todo movimiento hacia el lugar desde el cual se va a lanzar un ataque. Otras delegaciones declararon que ello solo incluye el movimiento final hasta las posiciones de fuego. Varias delegaciones declararon que entendían que esos términos cubrían solamente el momento que precede inmediatamente al ataque.* Vid. C.I.C.R. *Commentary...* págs. 534 y sigs. Como puede observarse, cada delegación, con toda objetividad, arrimaba el ascua a su sardina.

De nuevo estamos ante un caso de mimetismo incomprensible. La simple lectura de los artículos 51 al 58 lleva a conclusiones tales, que la declaración resulta innecesaria. Tales artículos tiene por objeto conseguir —si ello es posible— que la población civil no padezca el cúmulo de horrores que viene padeciendo en los modernos conflictos armados. Constituyen los Capítulos II, III y IV de la Sección I del Título IV del Protocolo. Todo el título IV se refiere a la protección de la población civil y su Sección I se denomina “Protección General contra los efectos de las hostilidades”. Viene a complementar el tímido intento de protección contenido en el Título II del Cuarto Convenio de Ginebra. Pero nunca están redactados en unos términos de carácter absoluto.

La CDDH se ocupó de dejar bien sentado el necesario equilibrio entre la necesidad militar y la necesidad humanitaria y para ello dejó prevalecer la primera —salvo en muy contados supuestos— mediante fórmulas de diversa índole, pero cuyo sentido no deja lugar a dudas. Unas veces, mediante la clara y directa declaración de que la necesidad militar debe prevalecer (art. 54); otras, mediante la utilización de verbos no imperativos del tipo “velará”, “procurará”, etc. (arts. 55, 57 y 58); otras, en fin, mediante la admisión de excepciones a las prohibiciones impuestas (arts. 54, 56)... Sólo dos prohibiciones son, a mi juicio, absolutas: el ataque a la población civil como tal y los ataques a título de represalias en los contados supuestos en que expresamente se prohíben.

Declarar que el mando militar o el responsable de un ataque sólo puede tomar su decisión a la vista de las informaciones que posea es una obviedad tal, que su sola declaración avergüenza y hasta resulta injuriosa para el mando del que se duda que pueda obrar de otra manera.

Esta declaración procede, una vez más, de la que llevó a cabo el Reino Unido en el momento de la firma de los Protocolos y a la que reiteradamente hemos debido aludir en este trabajo. En el mismo sentido que la declaración española, las han presentado, al ratificar, Italia y Nueva Zelanda. Ningún otro Estado ha considerado necesaria aclaración alguna a normas que no la necesitan.

Es cierto que, en relación con estos artículos, se planteó un problema distinto: el de su posible repercusión sobre el derecho de legítima defensa consagrado por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ya hemos aludido a este problema planteado por Francia en concreta relación con los artículos 51, 52, 57 y 58 (44), que fueron sometidos a voto y aceptados por

(44) Vid. especialmente, la declaración hecha en relación con el artículo 51, en *Actas*, Vol.

abrumadoras mayorías. Los otros cuatro artículos del grupo que ahora contemplamos fueron aceptados por consenso, con la sola observación del representante del Reino Unido que, sin embargo, prestó su consentimiento a los ocho en su plenitud. (45).

En la interpretación de estos artículos, no puede dejarse de lado su finalidad fundamentalmente humanitaria. No se trata de establecer rígidas normas sobre medios o modos de hacer la guerra; no se establecen prohibiciones sobre armas concretas o sobre ciertas tácticas; no se limita el derecho a la defensa —bien al contrario, se consagra nueva y expresamente en el número 5 del artículo 54 del Protocolo I—. De lo que se trata es de conseguir, para la población civil, la gran víctima de la guerra moderna, la mayor protección posible. Y nadie tiene derecho a dudar sobre la capacidad de los Mandos militares, que es evidente que tomarán sus decisiones a la vista de las informaciones que posean y solo a la vista de ellas. ¿Es que hay algún otro procedimiento de tomar decisiones? Nadie suele ir a la guerra — y menos a la gravosísima guerra actual a matar moscas a cañonazos. La información es la base de toda decisión y toda decisión se apoya en el principio coste-eficacia, una de cuyas más claras manifestaciones es el de proporcionalidad al que ya anteriormente hemos aludido (46).

Creo, en definitiva, que cuando todo el mundo apreciaba el exacto sentido de los preceptos protectores de la población civil, la postura de Francia y la declaración del Reino Unido —ahora desgraciadamente seguida por nuestro país— vinieron a poner confusión, cumpliendo así la ya vieja postura intelectual de oscurecer lo que aparecía claro.

### 6ª. A los artículos 51, 52 y 57

El Gobierno del Reino de España “entiende que la *ventaja militar* a que hacen referencia tales artículos se refiere a la ventaja que se espera del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo”

I, págs. 168, 169. Francia introdujo este tema sorpresivamente en las plenarios finales. Durante toda la Conferencia colaboró intensamente en la obtención de los textos que después fueron objetados.

(45) Actas, Vol. I, Pág. 172. Austria presenta una declaración similar solo respecto al artículo 57 y una reserva al 58 en el sentido de que será aplicable dejando a salvo el derecho a su legítima defensa.

(46) Frente a las tesis que mantuvo la delegación francesa, vid. Partsh “New Rules...”, cit., pág. 317. Estima este comentarista que los párrafos 4, 5 y 7 del art. 51 — fundamento de la oposición gala— no hacen sino consagrar lo que, según la mayoría de la doctrina, es derecho internacional consuetudinario.



Así lo entiende el Gobierno del Reino de España, siguiendo —una vez más— la confusa mente del Gobierno de S.M. Británica y lo entiende, al modesto juicio de este comentarista, muy mal: En primer lugar, porque la declaración pasa por el mismo raso a la “ventaja militar”, tal como aparece en los artículos 51 y 57 —que consagran el repetido principio de proporcionalidad— y a la cita que se hace en el artículo 52 como elemento determinante de la cualidad de militar de un determinado bien. Lo que ocurre es que el Reino Unido introduce un nuevo elemento de confusión —seguido gregariamente por Italia, Bélgica y Nueva Zelanda— que no existe realmente en los artículos 51 y 57, y tal elemento es causa efectiva de confusión en otros Gobiernos que repentinamente sienten afanes perfeccionistas (47).

Por otra parte, parece que el Reino Unido confundió el concepto de ataque con los ataques muy grandes. Mejor dicho, con las grandes operaciones militares. Pero el ataque puede ser también algo más pequeño y aun muy pequeño: y, en todos los supuestos, hay una acción unitaria. Tanto en las grandes operaciones —compuestas, si se quiere por una serie de ataques más pequeños que responden todos al mismo fin y a los mismos impulsos— como en las pequeñas. El “ataque” es una unidad en sí misma. Siempre. En toda circunstancia. En unos casos de más entidad y en otros de menos. Y la ventaja militar es también siempre única. En unos casos grande —la invasión del continente europeo— y en otros más reducida —la ocupación de Montecasino—. Incluso muy pequeña: la ocupación de una pequeña casa aislada desde la que alguien hostiga a las fuerzas propias. Pero es evidente que *en todos los casos*, sin que el Reino Unido nos lo explique ni nuestro Gobierno tenga que interpretarlo, lo que contempla el Mando militar es siempre la ventaja de cada acción, de cada ataque en su conjunto. Habría que retorcer los textos de los artículos 51 y 57 para llegar a distinta conclusión.

La alusión, por tanto, a los dos citados artículos nos parece, con todos los respetos hacia quienes la concibieron, un error contraproducente: ayudará a que, en cuanto a alguien le convenga, esgrima una interpretación ventajosa.

La alusión, en la declaración española, al artículo 52 —al que, ciertamente el Reino Unido se refiere, pero no en conexión con los otros dos artículos— no solo me parece un error, sino la consecuencia de una mala lectura del Protocolo. En este artículo, las palabras “ventaja militar” no se refieren a ataques, sino a la definición de los objetivos militares y la observación de nuestro Gobierno carece de todo sentido.

(47) Numerosas delegaciones en la CDDH se felicitaron, precisamente, por la consagración del principio de proporcionalidad (incluida la del Reino Unido).

7ª. Al artículo 52, párrafo 2

El Gobierno del Reino de España “entiende que la consecución o conservación de una determinada zona terrestre constituye un objetivo militar cuando reuniendo todos los requerimientos expuestos en el citado párrafo, proporciona una concreta ventaja militar teniendo en cuenta las circunstancias que concurren durante el tiempo considerado”.

También esta declaración está inspirada en la que, en su momento, formuló el Reino Unido. La declaración no es, en sí misma censurable, aunque es probablemente innecesaria. La aprobación de este artículo tuvo lugar en la sesión plenaria 41ª de la CDDH, celebrada en la tarde del 26 de mayo de 1977. A petición del Delegado de Francia, se sometió a votación y se aceptó por 79 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones, entre ellas, para general perplejidad, la de Francia que, al solicitar votación, parecía indicar que se iba a oponer como había hecho en el artículo anterior (48). Ninguna delegación puso en duda el alcance del concepto de objetivo militar en el sentido de extenderse también a zonas terrestres amplias cuya posesión se traduzca en una evidente ventaja militar.

Es cierto que, durante los trabajos en Comisión, se había planteado esta cuestión y se aceptó la redacción del número 2 del artículo 52 como suficientemente comprensiva. El delegado del Reino Unido, en su intervención en la sesión plenaria antes citada, se felicitó por la inclusión del párrafo 2 que, a su juicio, incluía entre los posibles objetivos militares, zonas determinadas de terreno si, a causa de su situación o por otras razones específicas, su destrucción, captura o neutralización producían una ventaja militar. Solo otros tres oradores (49) tomaron la palabra y ninguno para oponerse a las pronunciadas por el Delegado del Reino Unido.

En tales condiciones, y a la vista del resultado de la votación y del contenido de las actas, es lícito preguntarse hasta qué punto resulta necesaria la declaración que hace nuestra patria. El conocido refrán, “lo que abunda no daña”, no siempre es acertado: en ocasiones, lo abundante indigesta. Y cuando, con rara unanimidad, se ha aceptado ya una interpretación en la

(48) Actas, Vol. VL, pág. 117.

(49) Francia, Italia y Siria. Actas, Vol. VI, págs 177-178. En el mismo sentido presentaron explicación de voto por escrito la República Federal de Alemania, Canadá, Estados Unidos y los Países Bajos. Ni una sola delegación se había opuesto a tal interpretación. Solo Méjico (Vol. VI, pág. 199) presentó una declaración escrita que incluye la siguiente frase: “México, por el contrario, ha mantenido que la protección a la población civil y a los bienes de carácter civil debe ser universalmente reconocida, incluso mediante la restricción de medios y métodos de combate cuyos efectos no sea posible limitar a objetivos militares *concretos*: y estimaba, en consecuencia, que los artículo 46 y 47 (definitivos, 51 y 52) no podían ser objeto de reserva.

Conferencia en la que el texto se preparó y aprobó —una interpretación auténtica—, resulta inútil y probablemente inoportuna toda insistencia.

Pero, además, quizá no esté demás recordar que la interpretación de todo texto ha de hacerse en su conjunto y de modo sistemático. El párrafo 2 del artículo 52 no podría tener otro sentido que el propuesto por el Gobierno, cuando el propio Protocolo así lo admite. Por ejemplo, y “a sensu contrario”, es posible tratar como objetivo único (no sería ataque indiscriminado a los efectos del artículo 51.5) una región o porción de terreno donde aparezcan concentrados muchos objetivos militares concretos, cuya separación física sea tan pequeña que resulte imposible el ataque individualizado: una gran región industrial de alta concentración; un paso geográfico; etc.

### III.- LA DECLARACION SOBRE EL ARTICULO 90, PÁRRAFO 2

El Gobierno reconoce, mediante esta declaración, que considero de excepcional importancia, la competencia de la Comisión especial de encuesta que se crea en el número 1 del mismo artículo. La creación de esta Comisión, que tiene por objeto asegurar más el efectivo cumplimiento del Derecho humanitario, tropezó con no pocas dificultades que tienen ahora su reflejo en el pequeño número de países que, al ratificar, han hecho la declaración de reconocimiento “ipso facto” y sin previo acuerdo especial, de su competencia. Al hacerlo España, no tenemos sino que felicitamos de su alineamiento con el grupo de naciones más seriamente comprometidas en el respeto de las mencionadas normas humanitarias. Según los datos que obran en mi poder, solo 11 Estados de los 83 que habían ratificado el Protocolo I, habían hecho la declaración: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia y Suiza. El número y características de estos países hablan por sí solos. Levanta el ánimo ver a España entre ellos.

### IV.- ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

El autor de este comentario, sin duda llevado por un sentimiento utópico, hubiera querido que su patria hubiera ratificado el Protocolo Adicional I tal como ha hecho con el II: sin mezcla de mal alguno. No tiene más remedio que reconocer que su postura está, efectivamente, fuera de lugar. Pero cree obligado insistir en que, tanto la finalidad fundamental del documento — preferente protección de las tristes y atormentadas poblaciones civiles contra el azote de la guerra— como el método lento, prudente y conciliador seguido

en su elaboración, obligaban a una mayor comprensión del instrumento por parte de las Autoridades gubernamentales y de los Mandos militares. Porque el Protocolo I introduce, ciertamente, *algunas dificultades* en la planificación de la guerra; pero no consagra, en ninguno de sus preceptos, *imposibilidades*. También obligaban —y esto es especialmente válido respecto a nuestro Gobierno —a huir de un mimetismo en las interpretaciones, que carece de mucha base jurídica y de toda base humanitaria.

El autor no puede, por tanto, compartir la “prudencia” —si es que ésto merece tal nombre— de nuestro Gobierno siguiendo, ciegamente, el dictado de otros más fuertes que, digámoslo con franqueza, tampoco tienen razón. Se pueden admitir —con todas las reservas de que se ha hecho mención— las declaraciones que se refieren a los artículos 1.4 y 44.3. Sobran todas las demás. Y se echa de menos, en cambio, una declaración expresa, en relación con lo dispuesto en el artículo 43.3 del Protocolo, sobre la especial *naturaleza* del Cuerpo de la Guardia Civil (50), a la vista de lo establecido, con ciertas dosis de ambigüedad, en el artículo 9, b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el 39 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar. Hubiera quedado hecha, así, de una vez para siempre la declaración a que se refiere el mencionado precepto del Protocolo.

Pese a todo lo hasta aquí expuesto, bienvenida sea la ratificación.

(50) Similar a la formulada por Bélgica sobre su Gendarmería.

# ZONAS DE ACCESO RESTRIGIDO A LA PROPIEDAD DE EXTRANJEROS EN INTERES DE LA DEFENSA NACIONAL(\*)

## SEGUNDA PARTE: PROBLEMATICA ACTUAL Y REFORMA

Miguel TORRES ROJAS  
*General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar.  
Vicesecretario General Técnico del Ministerio de Defensa*

### IV. PROBLEMATICA ACTUAL Y POSIBLE REFORMA. CRITICA

He trazado hasta aquí, un bosquejo general de la Legislación nacional sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y su problemática actual, con una profundización más detallada en las Zonas de Acceso Restringido a la Propiedad de Extranjeros.

En tal estudio hemos tenido ocasión de examinar aquellos aspectos más relevantes y el tratamiento que la jurisprudencia, doctrina y práctica jurídica viene dando a una normativa que se viene aplicando cotidianamente dada la profusa gama de situaciones jurídico-administrativas que plantea, dentro del desarrollo de la vida tanto de nacionales como extranjeros en sus relaciones de tráfico jurídico de sus propiedades o de otros derechos reales sobre inmuebles.

Acorde con el Título y contenido general de esta tesis he querido dedicar la última parte al examen de aquellas líneas de reforma, que en nuestra personal opinión pueden apuntarse en orden a su mejor interpretación y aplicación y, en definitiva, eficacia, y seguridad jurídicas.

Al tratar cada figura jurídica (zonas de interés para la Defensa, Zonas de

(\*) La primera parte de este Estudio fue publicada en el número 52 de la Revista Española de Derecho Militar.

Seguridad, Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros) y haberse mencionado su problemática, ha sido inevitable apuntar una posible línea de reforma, quizá no claramente explicitada, pero sí esbozada por cuanto que la exposición de un problema conlleva consigo la personal opinión sobre su solución, y cuando ella choca con la normativa se está sugiriendo la correspondiente reforma, pero desearía —ahora— profundizando en aquellas cuestiones tratar de sistematizar las posibles líneas de reforma, acudiendo a las diversas vías que la pueden hacer posible en un futuro desde mas cercano a más lejano. Y en este punto, parece necesario recordar una vez más, que aunque el objeto de la tesis se circunscribe a las Zonas de acceso restringido a la Propiedad de Extranjeros, no podemos separar esta institución de las otras, Zonas de Interés y Zonas de seguridad de la Defensa Nacional, puesto que su tratamiento legal es uniforme e interdependiente.

Así, pensamos que la posible y deseable reforma de la Legislación sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, pudiera tener lugar en virtud de las siguientes consideraciones o exigencias:

1. Por el desarrollo de la propia normativa, acorde con sus propias exigencias explícitas en la Ley y Reglamento.
2. Por vía de acomodación en sus principios inspiradores a la Constitución y a un Estado democrático o de Derecho.
3. Por vía de acomodación de esta normativa a otros Cuerpos Legales de la Nación y a una mejor integración de los objetivos (intereses protegidos) —a veces discordantes—.
4. Por un perfeccionamiento de su tramitación administrativa y concreción en su aplicación, como contribución a la Seguridad Jurídica General.
5. Como consecuencia de compromisos internacionales y, concretamente, la integración de España en la Comunidad Económica Europea, como miembro de Pleno Derecho.

1. *Por el propio desarrollo normativo.*- La Ley 8/75 es de 12 de marzo de 1975 (B.O.E de 14 de marzo) y el Reglamento 689/78 de aplicación, de 10 de febrero de 1978, publicado en el B.O.E. de 14 de abril de 1978, sin embargo contiene estas previsiones aún no cumplidas:

1.1. Disposición Transitoria 3ª.- Continuará en vigor el Decreto sobre zona militar de Costas y Fronteras de 15 de febrero de 1933 y demás disposiciones complementarias del mismo (hasta 9 se citan en la Tabla derogatoria, con la

particularidad ya indicada de que Decretos posteriores contradicen a Leyes anteriores), hasta la publicación de los Decretos a que se refiere el art. 5 de este Reglamento (los de Declaración de Zonas de Interés para la Defensa Nacional), los cuales irán sustituyendo, a medida que se publiquen, a las antedichas disposiciones.

Por mis manos han pasado en los últimos años algunos anteproyectos. En la última ocasión se trataba de un Anteproyecto de Decreto único que abarcaba todas las Zonas de Interés Nacional de España, lo cual es digno de alabanza, pero su gestación y quizá el propósito del texto único ha retrasado su publicación, aún no lograda, debido a la necesidad de coordinar a los tres Ejércitos y a la variedad de sus implicaciones militares (islas, costas peninsulares, fronteras, etc).

Sin duda, por estas consideraciones, sólo se ha promulgado el Real Decreto 811/1988, de 20 de julio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional el espacio que en él se cita en el Término Municipal de Anchuras.

1.2 Disposición Transitoria 4ª.- Hasta que se efectúe por el Ministerio de Defensa la delimitación de la zona próxima de seguridad de cada instalación, que establece el art. 11.2 del Reglamento (Orden Ministerial de Defensa, a propuesta de la Autoridad Militar Regional e informada por el Estado Mayor del Ejército correspondiente), se mantendrán las actuales delimitaciones de las Zonas Polémicas y de Aislamiento (hasta 25 según la tabla derogatoria). Desde el 14 de abril de 1978 se han publicado más de 300 Ordenes declarativas de zonas de seguridad de instalaciones militares; pero la seguridad jurídica exige que tal publicación no fuera un *numerus apertus* indefinido, sino que tuviera un plazo para determinar las zonas y que se recogieran todas las Zonas de Seguridad en una disposición única, al menos por Regiones Militares, que pusieran fin a la indeterminación y vigencia de las normas derogadas pero provisionalmente vigentes, superpuestas a las que se han publicado desde el 14 de abril de 1978.

Exigencia de determinación de normativa tanto mayor cuanto que la Disposición Transitoria 5ª añade que "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 la Normas sobre Zona Militar de Costas y Fronteras y Zonas Polémicas de Aislamiento, precepto que como ha puesto de manifiesto el Estudio de los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores de Baleares de 10 de marzo de 1979 demanda la exégesis de determinar, caso por caso, la delimitación existente el 14 de abril de 1978, aplicando nada menos que 25 más 9 (34) disposi-

ciones si no contradictorias al menos no coincidentes y la mayoría promulgadas el siglo pasado, con lo que la evolución de las técnicas y medios de la Defensa no han podido ser tenidas en cuenta.

1.3. Por último, la Disposición Final 3ª D) del Reglamento después de determinar las disposiciones derogadas referentes a restricciones de adquisición por extranjeros dice “Sin embargo, el art. 3º del Reglamento aprobado por Decreto de 28 de febrero de 1936, para aplicación de la Ley de 23 de octubre de 1935, queda subsistente en cuanto a las facultades que otorga al Estado Mayor del Ejército para reducir la extensión adquirible por extranjeros en las zonas a que se refiere, y demás normas dictadas en su aplicación, todo ello hasta que por el Gobierno se haga uso de la autorización que le confiere el art. 17 de la Ley 8/75, dictando la disposición prevista en el párrafo 2º “(Excepcionalmente, el Gobierno por Decreto y a propuesta de la Junta Nacional podrá hacer extensivas las limitaciones de zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros a determinadas poblaciones no fronterizas o a sus zonas de ensanche o fijar un límite máximo de superficie por adquirente). El mero enunciado de los dos preceptos da idea de la fuente de problemas que pueden derivarse de tan ambigua y poco precisa normativa. Nuestra personal opinión sobre este punto es que sería “contrario a ley” el uso por el Estado Mayor del Ejército de dicha facultad, pues la determinación, demarcación y delimitación de las Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros ya está llevada a término en el propio Reglamento de 20-2-78, y en las modificaciones a su texto articulado habidas con posterioridad, las referentes a los Territorios Especiales del Norte de Africa y al Campo de Gibraltar a las que hemos hecho referencia, por lo que el uso de la facultad del E.M.E. sería contraria al propio texto legal, pues invadiría competencias reservadas al Ministerio de Defensa o al Consejo de Ministros e incluso a facultades de orden consultivo de la Junta de Defensa Nacional.

*2. Por vía de acomodación a los principios de la Constitución de 1978.*- Tanto la Ley como el Reglamento (abril de 1975 y febrero de 1978, respectivamente) son anteriores a la Constitución, por lo que no han podido recoger en su contenido los principios inspiradores de ésta.

Así como la legalidad constitucional permite limitar la propiedad, de acuerdo con su artículo 33 “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos limitará su contenido de acuerdo con las Leyes”, lo que —además— ha sido convalidado con rango de Ley Orgánica por la Ley 6/1980 de 1 de julio, que regula los criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, cuyo artículo 19 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 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 aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros en ellas situados, de acuerdo con lo que se determine por Ley”, cortapisa y limitación al derecho de propiedad que, como vimos al principio, está consagrada en el Derecho Internacional, determinados preceptos de la Ley y Reglamento pueden ser tachados de dudosa constitucionalidad.

En efecto:

— El art. 93.3 del Reglamento al disponer que, contra las resoluciones que agoten la vía administrativa en materia de sanciones impuestas por Autoridades Militares por infracción a la normativa, podrá acudirse a la Jurisdicción Contencioso Administrativa salvo que se trate de cuestiones expresamente exceptuadas de dicha jurisdicción, conforme al art. 2º b) de la Ley reguladora de la jurisdicción, se opone el art. 24 y 106.1 de la Constitución (“Todas las personas tienen derecho a obtener 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”Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de éstas a los fines que la justifican”).

Pensamos, por tanto, en la posibilidad de que se fiscalicen en la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, Zona de Seguridad y Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en cuanto a si tales resoluciones están o no conectadas con la finalidad de la Ley, es decir, para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones.

— Acorde con ello, estimamos que cualquier resolución del tipo que sea, es decir, no sólo en materia sancionadora, dictada por la Autoridad Militar, en uso de las facultades que otorga la Ley y el Reglamento, puede ser impugnada ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, por imperativo del artículo 103 de la Constitución: “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

El Profesor Garrido Falla al que ya hemos aludido en este mismo tema, en sus Comentarios a la Constitución Española (pág. 1.066-Civitas 1980) comentando este artículo 106 de la Constitución dice: "En resumen, sin que se pueda hoy negar el concepto de discrecionalidad, ha de reconocerse que la posibilidad de revisión jurisdiccional la ha reducido a límites muy estrictos. Se ha conseguido así, al menos, por lo que a la Administración pública se refiere, la instrumentación práctica del principio de "interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se contiene en el artículo 9.3 *in fine* de la propia Constitución y que, por eso, algunos consideran superfluo incluir en el artículo 106. Empero, hoy hay una línea jurisprudencial establecida que podría resumirse así: discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad".

En las II Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas tuvimos la ocasión de pronunciarnos (Ponencia sobre asesoramiento en el Ministerio de Defensa en materia de Urbanismo, Laboral y Contencioso-Administrativo) acerca de qué si bien, y como consecuencia de la Constitución, todos los actos administrativos de la Administración Militar estarían sujetos a la posibilidad de su fiscalización por los Tribunales, ello no significa que dicho control no tenga unos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico (por ejemplo, ¿afecta a la Defensa Nacional o a la Seguridad de las instalaciones militares o a la seguridad de personas o bienes próximos a una instalación militar (polvorín), una edificación, una adquisición de un terreno en Ceuta por un súbdito marroquí?), que solo puede ser formulado por un Organismo especializado de la Administración y que en sí mismo, escapa por su propia naturaleza al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberá ejercerlo en la medida en que el juicio afecte el marco legal en que se encuadra, es decir, sobre cuestiones de legalidad.

Estas son las tesis que con admirable precisión y detenimiento propugnan y sostienen el Auto del Tribunal Constitucional núm. 60 de 22 de octubre de 1980, las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 1983 y de 13 de abril de 1984 y las del Tribunal Constitucional núm. 44/83 de 24 de mayo, 36/8 de 11 de mayo y 39/1983 de 16 de mayo....

3. *Por vía de acomodación a otros cuerpos legales.*- Consideramos importante en este punto dejar constancia de la necesidad de que se produzca una coherencia y conexión perfectas entre la normativa de Zonas e Insta-

laciones de Interés para la Defensa Nacional y la de tres materias concretas, ya que en la práctica, se están produciendo problemas a los que he hecho sucinta referencia a lo largo de nuestra exposición, pero que ahora desearía tratar con más detalle.

Estas tres materias concretas son:

- A. Urbanismo
- B. Inversiones Extranjeras en España
- C. Derecho Registral

A. *Urbanismo*. - Un dictamen de la Auditoría de la Coruña de 9 de marzo de 1984 ha planteado la cuestión en sus justos términos, si bien el problema es de ámbito nacional y puede ser perfectamente generalizado. Sucede que los Planes Generales de Ordenación Urbana Municipales o Regionales que vienen realizando los Ayuntamientos o las Comunidades Autónomas presentan, cada vez, una mayor incidencia tanto respecto de Propiedades del Estado afectas a la Defensa Nacional como del tratamiento urbanístico de propiedades privadas que están afectadas por las limitaciones y/o restricciones existentes en Zonas de Interés para la Defensa Nacional, Zonas de Seguridad de instalaciones militares o civiles de Interés Militar o Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros.

Ello ha suscitado la lógica preocupación de las distintas Autoridades Militares llevándolas a ejercer una constante vigilancia sobre los Anteproyectos y Proyectos de dichos Planes, siendo cada vez más frecuentes que tales Autoridades Militares se vean obligadas a comparecer en la fase de información pública, formulando alegaciones en interés de la Defensa Nacional, alegaciones y consideraciones que no siempre son tenidas en cuenta por las Corporaciones Municipales o por los Organismos Superiores a éstas que han de aprobar tales Planes, normalmente Departamentos de las Comunidades Autónomas, a los que ha sido transferidas las facultades aprobatorias de la Administración Central.

Creemos sinceramente que si en la planificación urbanística fueran tenidas en cuenta las instalaciones militares y sus zonas de seguridad, se evitarían que luego surgieran los contenciosos concretos, cuando los particulares presentaran proyectos de detalle que pueden estar ajustados a la disciplina urbanística pero que al ser informados por la

Autoridad Militar pueden requerir condiciones o limitaciones e incluso su informe desfavorable ( de acuerdo con el art. 52 del Reglamento) por incidir, negativamente en los intereses de la Seguridad y Defensa Nacional, concretadas en los planes estratégicos militares.

El Urbanismo es una función pública que, al igual que la Defensa Nacional, conlleva una gestión que corresponde a la Administración Pública la que, según dispone el art. 1º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, actúa con una única y sola personalidad jurídica, aún cuando esté constituida por Organos jerárquicamente ordenados, a cada uno de los cuales se les atribuyen competencias concretas, como ocurre con la Defensa nacional asignada al Ministerio de Defensa, y con el Urbanismo, atribuido al Ministerio de Obras Públicas, llamado precisamente a dictar resolución administrativa aprobatoria de los Planes Generales y Municipales según declara expresamente el artículo 40 de la Ley del Suelo.

El principio de coordinación que presiden la actuación de la Administración Pública (art. 103 de la Constitución) hace que tanto una como otra función pública, deban ser tratadas armónicamente por dichos órganos, sin necesidad de acudir a otras instancias como son las Corporaciones Locales. Armonización que si no llegara a alcanzarse debería ser moderada por la Presidencia del Gobierno (art. 5º de la L.R.J.A.E.), sin que deba ser obstáculo para ello el que haya sido transferida al Gobierno de una Comunidad Autónoma y sin que pueda olvidarse que la Constitución en su art. 149.1.4. dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la Defensa y Fuerzas Armadas.

Siempre que un Plan de Ordenación Urbana afecta a Organos que desarrollan funciones públicas, debería dar especial audiencia a los mismos recabando su preceptivo informe que debe ser vinculante o en caso de litigio, moderado por la Presidencia del Gobierno.

La cuestión adquiere nuevos matices si consideramos que, conforme a la Ley del Patrimonio del Estado su administración compete al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado y la representación de la Administración en juicio a la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado afecta al Ministerio de Justicia, aunque existe el Organismo Autónomo afecto al Ministerio de Defensa llamado Gerencia de la Infraestructura de la Defensa, con competencia otorgada por la Ley 28/1984 de 31 de julio de 1984 (B.O.E. 183) para los Planes de Acuartelamiento y los Proyectos de Urbanización Municipales.

La referida Ley 28/1984 de 31 de julio, de creación de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa (antes Junta Central de Acuartelamiento), como Organismo autónomo de carácter administrativo dependiente del Ministerio de Defensa, regido por dicha Ley, por la de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas y Ley General Presupuestaria, le encomienda las siguientes funciones.

- Desarrollar las directrices de defensa en materia de patrimonio y condiciones urbanísticas del mismo para contribuir a la elaboración y realización de los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas, en colaboración con los Estados Mayores de los Ejércitos de Tierra, de la Armada y del Aire, en la parte que les afecte, y cumplir los cometidos que se le asigne en relación con inmuebles afectados al Ministerio de Defensa y a los Organismos Autónomos adscritos al mismo.
- Proponer modificaciones a los planes generales, así como redactar y proponer planes parciales especiales y estudios de detalle, para que el desarrollo y ejecución del planeamiento urbanístico se coordine con los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas sobre terrenos destinados a acuartelamientos, en colaboración con las Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias exclusivas que, en materia de defensa, atribuye al Estado el artículo 149.1.4ª de la Constitución. Dichos instrumentos de Planeamiento, así como la colaboración en el mismo, se tramitarán con el asesoramiento de los Servicios Urbanísticos de la Administración del Estado, integrada en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y se aprobarán por los órganos urbanísticos competentes y mediante el cumplimiento de la legislación urbanística.
- Colaborar con los Ayuntamientos en los planes de ordenación urbana, tanto de iniciativa pública como privada, que afecten a los acuartelamientos existentes o a terrenos sobrantes de los incluidos en los planes de acuartelamientos.

Ante los crecientes problemas y dificultades que se vienen sucediendo, en este orden de temas, la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, con fecha 25 de mayo de 1984 sugirió la conveniencia de solicitar un dictamen de la entonces Dirección General de lo Contem-

cioso del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda y hoy Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado del Ministerio de Justicia.

El dictamen fue emitido el 29 de marzo de 1985 y abordó con carácter amplio y general toda la problemática del Urbanismo y Defensa Nacional, en relación no sólo con los terrenos ocupados por instalaciones militares sino también con las superficies que, perteneciendo a particulares, nacionales o extranjeros, tienen establecidas limitaciones y servidumbres con arreglo a la Ley 8/75 sobre Zonas de Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

El contenido y conclusiones de tal dictamen así como la circunstancia de que fue emitido por el máximo Órgano Consultivo de la Administración, con excepción del Consejo de Estado, así como la riqueza y profundidad de su contenido, nos ha movido a extractarlo, como resumen de la problemática planteada y de las soluciones que apunta:

“Como puede observarse, la documentación remitida a este Centro Directivo plantea cuestiones de índole general que, en buena medida, son consecuencia de la asunción por las Comunidades Autónomas de la competencia sobre planeamiento urbanístico que con anterioridad correspondía al Estado. En este sentido los temas que procede abordar en el presente informe afectan a los siguientes aspectos:

- 1º. Alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo e incidencia sobre los bienes del Estado situados en su territorio (bienes afectos al desarrollo de competencias mantenidas por el Estado).
- 2º. Tramitación de los Planes urbanísticos cuando afecten a bienes estatales.
- 3º. Procedimientos utilizables, en su caso, para actuar en defensa de los intereses propios del Estado.

#### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El primero de los temas que deben ser tratados, relativo al régimen competencial de las Comunidades Autónomas sobre el urbanismo, tiene especial importancia; no sólo por el amplísimo contenido que el ordenamien-

to español reconoce a la materia urbanística (art. 2 de la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976), sino por el criterio manifiesto en la Constitución de considerar este campo especialmente adecuado para que corresponda a las Comunidades Autónomas.

En efecto, según el art. 148 de la norma fundamental, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda" (nº 3).

Por otra parte, la lista de competencias reservadas con carácter exclusivo al Estado, contenida en el art. 149 del mismo texto, no recoge ninguna limitación a la competencia autonómica en las materias indicadas, por lo que no existe obstáculo alguno para que los Estatutos las atribuyan en su totalidad y de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas.

De este modo, los textos estatutarios han venido a coincidir en la caracterización de la ordenación del territorio y el urbanismo como ámbito competencial exclusivo de las respectivas Comunidades.

El urbanismo ha dejado, pues, de ser una competencia estatal, planteándose la importante dificultad de determinar hasta qué punto el ejercicio de las competencias que conserva el Estado, sobre todo las exclusivas con arreglo al art. 149 de la Constitución, lleva implícita su actuación en materia urbanística, como complemento e instrumento indispensable para el desarrollo de aquellas.

Las fricciones entre las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas y las sectoriales del Estado, cuando éstas inciden sobre terrenos situados en el ámbito territorial de las primeras son, evidentemente, posibles, dada la amplia concepción del urbanismo en el ordenamiento español y la expresa vinculación de los organismos y entidades públicas a las determinaciones de los instrumentos de ordenación debidamente aprobados. Sin perjuicio de examinar esta última cuestión más adelante, procede ahora tratar de la articulación general entre urbanismo y sectores administrativos específicos, tema abordado recientemente por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 77/1984 de 3 de julio.

La resolución citada puso fin al conflicto de competencia promovido por el Estado en relación con las Resoluciones del órgano competente de la Administración del País Vasco por las que aprobó ciertas modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao que afectaban a la zona portuaria de esta ciudad y a la zona marítimo-terrestre. Al respecto debe recordarse que el puerto de Bilbao es de interés general y, por tanto, sobre él ostenta competencia exclusiva el Estado (art. 149.1. nº 20 de la Constitución)

y que la zona marítimo-terrestre se califica por la Constitución de bien de dominio público estatal (art. 132.2.).

Por tanto, los datos delimitados del conflicto son análogos a los que resultan de la consulta elevada a este Centro Directivo, ya que también la Defensa Nacional es una competencia exclusiva estatal (art. 149.1 n.º 4) y las instalaciones militares son bienes demaniales del Estado (art. 339 del Código Civil).

La aplicación de la ordenación urbanística a los bienes estatales de dominio público se afirma por el Tribunal Constitucional al hilo de una doctrina jurisprudencial bien conocida, en cuya virtud “el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten”. Legalmente todo el territorio nacional se divide en territorios municipales, de forma que no pueden quedar espacios territorialmente excluidos de ellos, y la misma doctrina ha de aplicarse en relación con las Comunidades Autónomas, máxime cuando la división del territorio nacional en estas entidades es ahora prácticamente total (sólo se exceptúan Ceuta y Melilla).

Como afirma el Tribunal Constitucional para los puertos, las zonas e instalaciones militares forman parte del territorio de la Comunidad Autónoma en que radiquen y están sujetos al ejercicio de sus competencias urbanísticas. Ello puede plantear dificultades en casos concretos, que no obstan a la real concurrencia de competencias, sino que hacen aconsejable buscar soluciones de cooperación. Estos posibles cauces de cooperación o coordinación, que no se concretan por el citado Tribunal en su sentencia, se intentarán determinar más adelante con arreglo a las normas vigentes sobre las materias de Urbanismo y de Defensa.

El tema de la concurrencia de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre el urbanismo y del Estado sobre sectores específicos (Puertos, Defensa) no se resuelve por el Tribunal Constitucional con criterios claros. En efecto, la sentencia parte de la compatibilidad de ambas competencias, por tener objetos jurídicos distintos: “Así, en el presente caso, la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto. La competencia de ordenación del territorio y urbanismo (sin que interese ahora analizar la relación entre ambos conceptos) tiene por objetivos la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial”.



Más adelante el Tribunal Constitucional determina la posible concurrencia al señalar: “No cabe excluir, por tanto, que en un caso concreto puedan concurrir en el espacio físico de un puerto de interés general, en este caso el de Bilbao, el ejercicio de la competencia del Estado en materia de puertos y el de la Comunidad Autónoma en materia urbanística. Pero esta concurrencia sólo será posible cuando el ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma no se interfiera en el ejercicio de la competencia estatal ni lo perturbe”.

La doctrina del Tribunal lleva, pues, a concluir que el desarrollo de las competencias urbanísticas por las Comunidades Autónomas afecta las zonas e instalaciones militares situadas en su territorio, que son competencia del Estado, pero sin que pueda llegar a interferir o perturbar el ejercicio de la competencia estatal. Precisamente el límite de las alteraciones que legítimamente pueden introducir las Comunidades no se fija por la sentencia referida. Puede fácilmente inducirse, sin embargo, que el desconocimiento en los instrumentos urbanísticos de las instalaciones militares supondría una perturbación fundamental que interfiere en las competencias estatales, pues el ejercicio de éstas presupone la realidad de aquéllas y la existencia de la infraestructura necesaria para su funcionamiento, que requieren de la oportuna previsión en el plano de la ordenación territorial.

Por consiguiente, de producirse esta situación, sería adecuado el planteamiento de conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, previo, en su caso, requerimiento a la Comunidad Autónoma, dentro del plazo legal, como se examinará más adelante.

De no darse tal situación y no perturbar la ordenación urbanística aprobada el ejercicio de las competencias estatales, las actuaciones estatales y autonómicas serán compatibles y el planteamiento aprobado afectará las instalaciones militares existentes en su ámbito.

La exposición anterior debe ser completada teniendo en cuenta el régimen de eficacia del planteamiento urbanístico según el Ordenamiento español.

Precisamente la legislación urbanística general expresa con claridad el sometimiento a la ordenación aprobada, según sus normas, de los bienes públicos situados en el territorio y de las actuaciones sectoriales de los órganos administrativos. El primer efecto deriva de la eficacia general de los planes y, sobre todo, de la previsión de que en el territorio ordenado existan bienes de dominio público cuyo destino deba alterarse para cumplir el Plan (art. 136 Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976). En este caso y cuando se trate de bienes del Estado, habrá de procederse a su mutación demanial o desafectación, con arreglo de la Ley del Patrimonio del Estado.

Las actuaciones sectoriales también habrán de ajustarse al planeamiento. Así lo dispone el art. 57.2 de la *Ley del Suelo*, pues aunque reconoce la subsistencia de las facultades específicas sobre materias concretas, su ejercicio habrá de hacerse de acuerdo con las previsiones del Plan. Y aún más explícito es el art. 180 de la misma Ley, al exigir licencia urbanística a los actos que promueven órganos de Estado. La discrepancia del proyecto con el plan vigente, además, se reconduce a una modificación del planeamiento, pero nunca se admite una permanente discordia entre el Plan y la actuación pública. El mismo precepto en su apartado 3 se refiere a las obras que afecten a la Defensa nacional, sin excluirlas en absoluto del régimen de planeamiento.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la discrepancia de los nuevos planes con la realidad preexistente, es decir, con los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a su aprobación, cuando se trate de Planes Generales o Parciales, supone para los bienes afectados una situación especial: la calificación como fuera de ordenación (art. 60 de la repetida *Ley del Suelo*). Esta calificación, y el régimen jurídico que implica, convendrá especialmente a las instalaciones militares que se encuentren enclavadas en zonas clasificadas por el planeamiento vigente para otros usos. Hasta aquí llega solamente el efecto inmediato de la aprobación de los planes, pues su concreta ejecución habrá de llevarse a cabo con arreglo a los procedimientos regulados por la Ley (arts. 114 y sigs.: compensación, cooperación o expropiación).

Comprobada la especial eficacia de los planes urbanísticos y su incidencia sobre los terrenos destinados a fines militares, debe examinarse si el vigente ordenamiento positivo establece algún cauce especial para que, durante la tramitación del procedimiento aprobatorio de aquellos, sean incorporadas al expediente las consideraciones de la Administración militar.

De las diversas modalidades de plan reguladas por la legislación urbanística interesa aludir, primeramente, a los Planes Generales. Pues bien, ni la *Ley del Suelo* ni el *Reglamento del Planeamiento* regulan un trámite especial para dar acogida a los informes o criterios formulados por órganos administrativos distintos de las Corporaciones locales del territorio afectado (arts. 40 y 41 de la Ley y 123 a 130 del Reglamento). Así pues, los únicos momentos procedimentales en que tales órganos podrán incorporarse a la tramitación serán los del trámite de información pública general. Es importante destacar, por tanto, que las normas urbanísticas no prevén que la Administración militar pueda formular alegaciones sobre un Plan General fuera del trámite de información pública.

La falta de toda referencia al informe de órganos administrativos respecto

de los Planes Generales es más notoria por la comparación con el procedimiento establecido para otros Planes. Así, en relación con los Planes Especiales se establece que “antes de su aprobación definitiva serán sometidos a informe de los Departamentos Ministeriales y demás Organismos que resultaren afectados” (art. 43 de la Ley) e igualmente, para los Planes Directores Territoriales de Coordinación, se prevé que se someterán “a informe de los Departamentos ministeriales que no hayan intervenido en su elaboración y a los que pueda interesar por razón de su competencia” (art. 39 de la Ley).

Por consiguiente, las normas urbanísticas prevén informes sectoriales específicos para los Planes de contenido ordenador limitado, pero no para los Planes destinados a realizar una ordenación integral del territorio. Este criterio puede considerarse inadecuado, sobre todo desde la atribución de la materia urbanística a la competencia de las Comunidades Autónomas, pero indudablemente tiene plena vigencia. Aparte de la intervención por vía de informe o alegaciones en el trámite de información pública de los Planes Generales, sólo cabrá a la Administración del Estado, y concretamente a la Militar, canalizar sus consideraciones a través de sus representantes en las Comisiones de Urbanismo (u órganos equivalentes) que existan en la respectiva Comunidad Autónoma.

Por referirse el presente dictamen al régimen de las instalaciones militares, es preciso hacer referencia también a la normativa especial sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa nacional (Ley de 12 de marzo de 1975 y Reglamento de 10 de febrero de 1978). La primera observación que suscitan tales normas consiste en su completa falta de coordinación con el régimen urbanístico, a pesar de su reciente elaboración, muy posterior a la primera Ley del suelo, de 1956, y de su incidencia sobre la utilización de los terrenos.

El régimen de zonificación militar, en efecto, se presenta con independencia de la ordenación urbanística y no prevé mecanismo alguno de coordinación con el planeamiento existente. La clasificación del suelo que se realice a su amparo se desenvuelve en un ámbito propio, con meras comunicaciones a los Ayuntamientos y a los particulares a efectos del cumplimiento concreto de las restricciones de usos (cfr. arts. 2 y 3 de la citada Ley, sobre zonas de interés para la Defensa y la seguridad de las instalaciones que complementa en la actualidad el art. 589 del Código Civil, y el art. 30 del Reglamento que regula la comunicación aludida anteriormente).

El control de las Autoridades militares sobre las zonas de interés para la Defensa y las zonas de seguridad se instrumenta con la autorización especial

que se impone para la realización de obras, trabajos, instalaciones o actividades (arts. 6 y 9 de la Ley y 6 y 12 del Reglamento).

Esta autorización militar afecta, pues, a obras o proyectos y no puede entenderse trasladable a la tramitación de Planes urbanísticos, ni siquiera en el sentido de imponer, cuando la normativa urbanística carezca de previsión especial, un trámite específico de audiencia a la Administración militar.

Por consiguiente, debe reafirmarse la conclusión antes obtenida: en el procedimiento de la elaboración y aprobación de Planes Generales, la Administración militar sólo puede formular alegaciones en defensa de los intereses que tiene encomendados en los trámites de información pública (aparte de la intervención de sus representantes en órganos urbanísticos), es decir, en las mismas condiciones que los administrados.

Cuanto se ha expuesto evidencia la necesidad de que el ejercicio de competencias administrativas en materia militar y sobre el urbanismo sea debidamente coordinado. Esta indicación es obvia si se tiene en cuenta la concepción, vigente en derecho español, del Urbanismo, como ordenación integral de los usos de todo el territorio, y la incidencia de las actividades militares sobre dichos usos y sobre el régimen jurídico de las zonas afectadas.

La necesidad de coordinación, que ya planteó dificultades mientras el Estado aparecía como titular único de las competencias en materia urbanística de que se trata, se ha revestido de exigencias especiales con la atribución de dichas competencias a las Comunidades Autónomas. Ahora es preciso no solo instrumentar una colaboración interorgánica y, por tanto, intraadministrativa, sino instrumentar relaciones entre Administraciones Públicas distintas que tienen personalidad propia, e independiente. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de agosto de 1983 (sobre la llamada LOAPA): “ la colaboración entre la Administración de Estado y los de las Comunidades Autónomas resulta imprescindible para el buen funcionamiento de un Estado de las Autonomías”.

En relación con la materia concreta se trata, pues, de determinar en qué forma podrán hacerse valer los intereses militares del Estado a fin de que sean tomados en cuenta por las Comunidades Autónomas al desarrollar sus competencias urbanísticas. Los medios utilizables son de variada naturaleza, pero pueden agruparse distinguiendo los instrumentos generales, no ligados a un Plan General ya aprobado por la comunidad de los referidos a un Plan General existente.

1. Instrumentos generales.- El establecimiento de un mecanismo general de coordinación de especial aplicación a las situaciones contempladas en este dictamen fue un tema abordado por el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (art. 9.2: los planes de Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten a servicios o competencias del otro se establecerán, en cuanto a este extremo, de común acuerdo entre ambos) y declarado inconstitucional por la sentencia citada anteriormente del Tribunal Constitucional.

A falta de otra regulación general, sólo cabe actualmente acudir a medios regulados por la legislación urbanística, concretamente los Planes Directores Territoriales de Coordinación, que deben incluir expresamente “el señalamiento de áreas en que se haya de establecer limitaciones por exigencias de la defensa nacional, teniendo en cuenta la legislación específica en la materia (art. 8.2.b) Ley del Suelo y 11.b) del Reglamento de Planeamiento). Obviamente, a través de este Plan es como más completamente puede lograrse la adecuación entre intereses militares y urbanismo, si se tiene en cuenta la especial eficacia jerárquica del mismo sobre los Planes Generales (v.arts. 9 y 10.2 de la Ley) Además, en su tramitación habrá de informar el Ministerio de Defensa si resultan afectados bienes o instalaciones militares (arts. 39 de la Ley y 112 del Reglamento).

Sin embargo, la elaboración de un Plan de este tipo suscita muchas dificultades por su complejidad, actualmente acrecentadas por las dudas doctrinales sobre el órgano y la Administración competente para su aprobación (el Estado, por la incorporación que realiza de planes sectoriales que son competencia suya exclusiva o las Comunidades Autónomas, competentes de forma general sobre el organismo y los instrumentos de ordenación).

Más fácil, parece la utilización de Planes Especiales para la ordenación de sectores concretos afectados por actividades administrativas que son de competencia estatal y sin llegar a suplantar a los Planes Generales (art. 17 Ley del Suelo). La aplicación de este instrumento en relación con los intereses militares resulta posible admitiendo la plena legalidad del planeamiento especial independiente de todo Plan Director Territorial o Plan General previo (recogido por el art. 145 del Reglamento de Planeamiento y sin clara previsión legal), y con inclusión de las instalaciones militares entre las “infraestructuras básicas relativas al sistema de comunicaciones, al equipamiento comunitario y centros públicos de notorio interés general” (art. 76.3 del Reglamento). En cualquier caso, la aprobación de estos Planes correspondería a las Comunidades Autónomas conforme a las reglas generales.

Finalmente cabe aludir, en este apartado, a la facultad de la Administración Militar para formular avances de Plan, cualquiera que sea la clase de éste, con los efectos muy limitados que les atribuye el ordenamiento (arts. 28 de la Ley y 115 del Reglamento de Planeamiento).

La falta de mecanismos sencillos utilizables para hacer valer los intereses militares en relación con el planeamiento urbanístico durante su elaboración, obliga a prestar atención a los medios que pueda utilizar el Estado, una vez aprobados los Planes Generales que afecten a instalaciones militares, para hacer prevalecer los intereses de la Defensa.

2. Medidas referentes a Planes Generales ya aprobados: La actuación estatal puede orientarse, en esta situación, a impugnar la actuación de las Comunidades Autónomas o a modificar el planeamiento aprobado.

Las medidas impugnatorias podrán canalizarse ante el Tribunal Constitucional, mediante el oportuno conflicto de competencia cuando las actuaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas interfieran o perturben el ejercicio de la competencia exclusiva estatal sobre la Defensa Nacional.

Como se expuso anteriormente, puede entenderse que el desconocimiento por un Plan General de las instalaciones militares existentes constituye una interferencia o perturbación de las indicadas y es causa bastante para plantear el conflicto contra el acto aprobatorio del Plan. El conflicto constitucional, en su modalidad positiva, habrá de interponerse por el Gobierno y dentro del plazo legal, previo potestativo requerimiento de incompetencia (arts. 60, 62 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979).

Por otra parte, los actos aprobatorios de Planes urbanísticos dictados por órganos de las Comunidades Autónomas son actos administrativos de eficacia especial (la de los Planes que aprueben), pero, como tales, susceptibles de impugnación en vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso-administrativa (así lo dispone expresamente art. 1 de la Ley 34/1981, de 5 de octubre). Y dado que las Comunidades Autónomas gozan de personalidad jurídica propia, independiente de la del Estado, las disposiciones y actos de sus órganos administrativos podrán ser recurridos por el Estado, tanto en vía administrativa como contenciosa, sin suscitarse posibilidad alguna de revisión de oficio de actos propios o declaraciones de lesividad. En este sentido es explícito el art. 2º de la citada Ley 34/1981 ("la Administración del Estado estará legitimada para recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa las disposiciones generales y actos emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas...") y el criterio que recoge es necesariamente

trasladable a los recursos administrativos. En esta vía y cumpliendo los requisitos ordinarios, podrá interponer el Estado los recursos de alzada o reposición, debiendo agotar la vía administrativa para acceder a la impugnación jurisdiccional.

Una observación especial merece el tema de la legitimación orgánica para interponer los recursos citados. A este respecto conviene distinguir ambos tipos de procedimientos de impugnación:

a) En los recursos contenciosos-administrativos la competencia para acordar la interposición de los mismos corresponde a los Delegados del Gobierno en la respectiva Comunidad Autónoma (pues tienen facultad para “promover, si procede, el ejercicio de las acciones legales que puedan corresponder a la Administración del Estado para impugnar ante los Tribunales ordinarios y contencioso-administrativo los acuerdos y disposiciones normativas de rango inferior a las leyes emanadas por los órganos de las Comunidades Autónomas”: art. 7.2 a) del Real Decreto 2238/1980, de 10 de octubre) y, en la Administración Central, al Excmo. Sr. Ministro de Defensa (en materias que afecten a su Departamento) o al Director General de los Servicios Jurídicos del Estado, como es regla general. La postulación procesal del Estado en estos recursos corresponde a los Abogados del Estado (art. 34 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

b) Para la interposición de recursos administrativos contra los acuerdos de las Comunidades Autónomas, la representación del Estado se atribuye a órganos distintos según la naturaleza de los bienes afectados por aquéllos. Si se trata de bienes de dominio público, como son los afectados a los fines de la defensa nacional (art. 339 del Código Civil), dicha representación corresponde a los órganos periféricos que representan a los Departamentos correspondientes, es decir, en el caso consultado, a la Autoridad Militar local (art. 32 del Real Decreto 2799/1982 de 15 de octubre).

En materia patrimonial, la representación extrajudicial del Estado corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado, y, en el ámbito periférico a los Delegados de Hacienda, salvo en cuanto a la interposición de recursos en que está atribuida a las Abogacías del Estado (art. 3 y 4 de la Ley del Patrimonio del Estado del 15 de abril de 1964 y 3.1 del Real Decreto 2799/1982). De este régimen sólo cabe excluir los bienes patrimoniales de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, cuya Dirección Gerencia tiene encomendada la representación ante las Administraciones Públicas (art. 7 de la Ley 28/1984).

Por último, cabe siempre la posibilidad de modificar el planeamiento urbanístico aprobado, para dar cabida en él a los criterios por la Administración militar. Tal modificación no revestirá más especialidad que la intervención del organismo autónomo Gerencia de Infraestructura de la Defensa, creado por Ley 28/1984 de 31 de julio, para, entre otros fines, lograr la coordinación de los planes urbanísticos con los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas, proponiendo modificaciones de aquellos y colaborando con los Ayuntamientos.

A una modificación limitada de los planes de urbanismo puede conducir la aplicación del sistema previsto en el art. 180 de la Ley del Suelo para el caso de obras de excepcional interés público acometidas por el Estado que se encuentren en contradicción con el planeamiento vigente. En tal situación las obras de interés para la defensa nacional no podrán ser suspendidas por el Ayuntamiento y el Consejo de Ministros podrá ordenar la modificación del Plan, con arreglo al procedimiento ordinario, para recoger en él la nueva instalación. La utilización de este instrumento (desarrollado en los arts. 7 a 9 del Reglamento de Disciplina Urbanística) por el Estado debe entenderse posible, a pesar de la asunción de competencias urbanísticas por las Comunidades Autónomas, *por ser complemento necesario de las competencias sectoriales que el Estado retiene en su poder. No se trata, pues, de una competencia urbanística, sino de una potestad implícita en las competencias que le corresponden con carácter exclusivo, según la Constitución.*

#### CONCLUSIONES

Por cuanto se ha expuesto, este Centro Directivo, contestando a las consulta formulada entiende que:

1º) Las Comunidades Autónomas, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía, ostentan competencia exclusiva sobre su territorio en materia urbanística, quedando sometidas a su ejercicio las instalaciones militares radicadas en él.

2º) El ejercicio por dichas Comunidades de sus competencias no puede llegar a interferir o perturbar el que corresponde al Estado sobre las suyas, siendo necesario articular los distintos intereses mediante técnicas de coordinación y colaboración.

3º) La legislación urbanística vigente no prevé ningún trámite especial en el procedimiento de elaboración de los Planes Generales para que participe en él la Administración Militar. Por tanto, solo cabe defender en



dicho procedimiento los intereses militares utilizando el trámite de información pública y mediante la participación de los representantes del Ministerio de Defensa en los órganos urbanísticos.

4º) La legislación especial sobre zonas militares no impone la intervención de la Autoridad Militar en la elaboración y aprobación de Planes de urbanismo.

5º) Para coordinar los intereses urbanísticos con los sectoriales, entre ellos el militar, se configuran los Planes Directores Territoriales de Coordinación, pudiendo también utilizarse, con ese fin, los Planes Especiales.

6º) En relación con los Planes Generales aprobados por las Comunidades Autónomas, podrá plantearse conflicto de competencia por el Estado ante el Tribunal Constitucional cuando pertuben el ejercicio de su competencia exclusiva sobre la Defensa Nacional. Los acuerdos aprobatorios de aquéllos podrán también ser impugnados en vía administrativa, ante los órganos de la Administración y ulteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa por los órganos legitimados.

7º) En todo caso, la Administración militar podrá proponer la modificación de los Planes urbanísticos que afecten a sus intereses. Podrá imponerse la modificación si el Estado, por razones de interés público, ejerce las facultades previstas en el artículo, 180 de la Ley del Suelo”.

Por nuestra parte solo debemos añadir al contenido y conclusiones de este dictamen, que la solución legal debería pasar por el desarrollo y cumplimiento de la Disposición Final 3ª de la Ley 8/75: “Los preceptos de esta Ley por los que se exigen autorizaciones por el Ministerio de Defensa o Autoridades Militares, se aplicarán sin perjuicio de las licencias o autorizaciones que en su caso, y conforme a otras normas vigentes, deban otorgar los Departamentos Ministeriales civiles y otros organismos de la Administración del Estado, Provincia o Municipio, siendo de aplicación en estos supuestos el principio de unidad de expediente a que se refiere el art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo”.

**B. Inversiones extranjeras en España.-** En materia de Zonas de acceso restringido a la Propiedad por parte de extranjeros en España puede ser concurrente la normativa que que nos ocupa con la de Inversiones Extranjeras en España sujeta a autorización administrativa de acuerdo con la legislación específica. Tal legislación, en tanto que mantiene una remisión a la Ley 8/1975, debe ser revisada para su adecuación al Derecho Comunitario, como tendremos ocasión de ver más adelante.

C. *Derecho Registral.*- Como ya hemos tenido ocasión de examinar con motivo del análisis de la normativa sobre Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, los arts. 41 del Reglamento y Disposición Transitoria 1ª y 2ª —que determinan la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos y concesiones administrativas no inscritas en el Registro de la Propiedad por los extranjeros adquirentes— han sido cuestionados en cuanto a su legalidad por el Tribunal Supremo y por una buena parte de tratadistas.

Como síntesis y añadido de lo ya indicado cuando se trató del requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adquisiciones por personas físicas o jurídicas extranjeras en las Zonas de acceso restringido, recogemos los comentarios publicados en la *Revista La Ley* en su nº 8-2-85 por *José F. Aguido Peña*: “Autorización para la realización de una inversión extranjera mediante adquisición de fincas radicadas en zonas de acceso restringido”.

Con arreglo a lo previsto en el art. 18 de la Ley y 37 del Reglamento, la adquisición de fincas rústicas o urbanas, situadas en las zonas de continua alusión, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, o la constitución de derechos reales sobre las mismas, a favor de personas extranjeras requiere autorización militar previa que, según previene el art. 79 del Reglamento se solicita del Ministro de Defensa. Tal autorización, es exigible asimismo a las sociedades españolas cuando su capital esté controlado por extranjeros.

Dicho artículo señala los requisitos que debe reunir la instancia cuando el interesado es persona física, consignándose en el art. 80 los que deben ser observados para el caso de que la inversora fuera persona jurídica.

Téngase en cuenta la excepción a la obligatoriedad de obtener la autorización militar en los casos citados cuando el inmueble objeto del negocio jurídico de que se trate, se halle en centros o zonas declaradas de interés turístico nacional, según establece el art. 38 del Reglamento. En cuanto a la eficacia del negocio jurídico sin autorización militar previa, el T.S. en sentencias de 3 de noviembre de 1967 y 6 de abril de 1973 reconoce la validez del mismo; por contra en la de 2 de abril de 1978 se establece la nulidad de los negocios jurídicos incidentes sobre zonas de la clase a que nos referimos, sin autorización, criterio que se repite en la de 19 de julio de 1983.

Sobre este particular, BONET CORREA entiende que la autorización más que afectar a la validez de los actos del negocio precedentes donde

incide es en su desenvolvimiento o en su ejercicio.

Creemos que es ésta la opinión acertada, a pesar de que alguna tan autorizada como la de ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU parece ser contraria a la que se acaba de reseñar.

No debe descartarse, por otra parte, la posibilidad de otorgar el negocio bajo condición suspensiva de la obtención de la autorización militar. Discrepamos, en consecuencia, de la tesis que en contra se proclama en Resolución de la D.G.R.N. de 20 de octubre de 1980.

*Inscripción.*- El Art. 21 de la Ley de Zonas y 41 del Reglamento subraya la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos en los que se establezcan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan, a favor de personas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en las zonas objeto de comentario. Dicha inscripción debe practicarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la fecha de otorgamiento de los correspondientes títulos, determinando la posible falta de inscripción dentro del referido plazo, la nulidad de tales títulos según el punto 3 de dicho artículo.

Coincidimos con LUCAS FERNÁNDEZ en considerar inadecuada la terminología utilizada en la norma que se acaba de citar, puesto que un acto no puede adolecer de nulidad, habiendo nacido válido, por falta de inscripción. En todo caso se tratará de un acto incompleto, pero no nulo.

A pesar de todo es aconsejable que el título se presente en el Registro dentro del plazo citado a efectos de practicar el asiento de presentación, cuya fecha, según el art. 24 de la Ley Hipotecaria se considera fecha de inscripción.

Si el artículo 21 de la Ley del que es desarrollo el 41 del Reglamento establece una inscripción constitutiva, por entender que hasta que el documento transmisivo se inscriba es nulo, y resulta que el Derecho español no contempla la inscripción registral constitutiva, es claro que procede la reforma de la Ley de Zonas acomodándola a los principios y normas del Derecho registral nacional y estableciendo el adecuado mecanismo para que el extranjero no vulnere la prohibición de adquirir de facto o en un fraude a la Ley. Como dice la conclusión del Estudio de los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores de Baleares de 10 de marzo de 1979 "sería aconsejable una reforma legislativa del requisito de la inscripción, estableciendo con claridad

y si se considera oportuno, el sistema de la inscripción constitutiva”.

4. *Por una perfeccionamiento de su tramitación administrativa y concreción de algunos puntos de su normativa.*- En este último grupo, un tanto heterogéneo como se pone de manifiesto en su propia definición, queremos hacer referencia a dos órdenes de cuestiones que dentro del epígrafe general de reforma, contribuirían a un perfeccionamiento técnico de la normativa, como contribución a la Seguridad Jurídica General.

Para su adecuado análisis los dividimos, a su vez, en dos apartados:

1. Concreción de algunos puntos de su normativa.
2. Perfeccionamiento de su tramitación administrativa

1. *Concreción de algunos puntos de su normativa.*- El 26 de enero de 1984 la Sección de Estado Mayor de la Capitanía General de las Islas Canarias, realizó un informe, muy preciso, para el Ministerio de Defensa, exponiendo los problemas de orden legal y práctico que estaba suponiendo la aplicación de la normativa sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa, y en particular sobre Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, que son los que con más frecuencia y debido al “boom turístico canario” se le plantean.

1.1. La supuesta antinomia a la que hemos hecho referencia, entre el art. 35 del Reglamento y el 37; según su literalidad, con arreglo al primero el suelo urbano quedaría fuera del cómputo del porcentajes en favor de extranjeros y no haría falta autorización militar, según el segundo, estaría fuera del cómputo pero sujeto a autorización militar. La Capitanía General de Canarias coincide con la interpretación que propugna la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia en su escrito de 26 de abril de este año, es decir, la de que no hace falta autorización militar para la adquisición por extranjero de suelo urbano dentro de la zona de acceso restringido a la propiedad para aquéllos. Sería descabido no sólo la aclaración de esta supuesta antinomia, sino también una mayor determinación de la expresión suelo urbano, núcleo de población, zona urbanizada o de ensanche, acorde con la Ley del Suelo, y sobre todo y, en particular, un modelo unificado y normalizado de certificado a expedir por los Ayuntamientos, a estos efectos, que pusieran fin a la dudosa terminología que al respecto se viene utilizando.

Extender la exigencia de autorización militar en todo caso, podría ser una cuestión aconsejable en plazas reducidas, como por ejemplo en Ceuta y Melilla, pero se considera completamente inviable en los Archipiélagos Canario y Balear.

1.2 Ligado con el tema anterior, se da la circunstancia de que son muchos los municipios que no tienen todavía un Plan General de Ordenación Urbana, no obstante lo cual, vienen otorgando licencias municipales para diversas construcciones, no coincidiendo la realidad formal con la urbanística.

1.3 También hemos hecho referencia a que en los términos rurales existe —en ocasiones— una volumetría constructiva limitada en función de la superficie de terreno, surgiendo el problema, en algunos casos, de que el Ministerio de Defensa autoriza a un extranjero la adquisición de 2.000 m<sup>2</sup> para construir una vivienda unifamiliar, y el Ayuntamiento no le da la licencia para construir, por entender que necesita una parcela de 5.000 m<sup>2</sup>. Este problema se ha extremado últimamente en la Isla de Hierro.

1.4 Ha surgido el problema, en Canarias y Baleares, de sociedades con participación mayoritaria extranjera, que solicitan autorización militar para construir urbanizaciones con edificios en “*Time Sharing*”, en el cual el mismo apartamento es vendido por fracciones de tiempo, normalmente quincenas a diferentes propietarios también extranjeros, de manera que en un mismo apartamento confluyen hasta 24 propietarios extranjeros, necesitando los 24 autorización militar para adquirir, conforme al art. 37 del Reglamento, con la consiguiente complejidad administrativa.

1.5. En otros casos se contrata con un extranjero, no ya la propiedad, sino un derecho de opción durante un cierto tiempo, opción que no es inscribible en el Registro de la Propiedad por falta de autorización militar, con lo que las garantías del adquirente se perjudican.

1.6. Surge también el caso de matrimonios entre españoles y extranjeros, en cuyo constante matrimonio se adquiere un inmueble, que plantea problemas por la autorización militar para adquirir, en caso de disolución de la sociedad de gananciales, en cuanto a la adjudicación definitiva de los bienes inmuebles.

1.7 Estiman algunos Notarios y Registradores que la apreciación de considerarse una sociedad española con 50% de capital extranjero como extranjera por existir prevalencia en su control y órganos

decisorios de los extranjeros, corresponde a la Dirección General de Transacciones Extranjeras del Ministerio de Economía y Hacienda y no al Ministerio de Defensa, pero el Reglamento le encomienda a éste la decisión, aun cuando sea aplicando la Legislación sobre Inversiones Extranjeras en España.

1.8 También surge la problemática de la autorización militar cuando españoles por razones de emigración pierden la nacionalidad española y adquieren una extranjera, poseyendo bienes en Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros.

Todos estos problemas que surgen en la práctica de aplicación diaria de la Ley y del Reglamento, han sido resueltos aplicando los criterios de interpretación jurídica de las Auditorías, Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales y Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, así como las pautas de la jurisprudencia, doctrina y dictámenes de la Dirección General de los Registros y del Notariado o de los Servicios Jurídicos del Estado, que hemos venido citando y comentando, a lo largo de este trabajo, pero este rico caudal de experiencias, debería ser incorporado a la normativa vigente, en la reforma, conveniente y aun necesaria, que debería llevarse a cabo, de acuerdo con las conclusiones de este epígrafe IV.

2. *Perfeccionamiento de su tramitación administrativa.*- La complejidad de la tramitación administrativa de las solicitudes de autorización militar en los tres supuestos contemplados en la específica legislación que venimos examinando, hace que los expedientes sean prolijos y su tramitación y resolución adolezca de cierta lentitud, que dificulta la realización de las operaciones que en el tráfico jurídico deben ser, por esencia, rápidas y ágiles.

No es fácil como se puso de manifiesto, en la Comisión de redacción del Reglamento, proceder a la supresión de trámites, dada la necesidad de comprobar en ocasiones los datos "*in situ*"; no obstante, el Reglamento supuso un avance importante, por cuanto que se establecieron plazos para remitir el expediente por los diferentes órganos llamados a intervenir en él y a dictar las resoluciones.

Se considera que, en aras de tal objetivo, se pueden seguir dando pasos importantes tales como:

2.1 La publicación del catálogo y delimitación de las zonas de Interés para la Defensa, por medio de Decreto, y de las Ordenes Ministeriales

que están pendientes de las Zonas de seguridad de las instalaciones militares, así como de las empresas civiles que se declaren de interés militar.

2.2 La descentralización administrativa, vía desconcentración de funciones o delegación de facultades, en las aprobaciones de volumen normal.

2.3 La integración, de los diferentes aspectos que para los tres Ejércitos pueden tener una misma situación fáctica, a través de un informe único del Organismo especializado de la Jefatura de Estado Mayor de la Defensa.

2.4 La utilización de la informática para la puesta al día del Censo de propiedades extranjeras, de los porcentajes cubiertos y libres por términos municipales distinguiendo interior y franja costera, y la elaboración de un Censo de Zonas de Seguridad y de Interés para la Defensa.

La Orden del Ministerio de Justicia de 21 de Octubre de 1983 (B.O.E. 263) tiene por finalidad facilitar la elaboración del Censo de Propiedades Extranjeras a que se refiere el art. 43 del Reglamento, imponiendo a los Registradores de la Propiedad de los Registros afectados que figuran en un Anexo de la Orden (este Anexo lo unimos como Apéndice a esta tesis, para facilitar su consulta) la obligación de complementar una ficha, en el plazo de un año contado a partir del 3 de mayo de 1984, lo que significa que las Capitanías Generales ya estarán en disposición de remitir los datos al Ministerio de Defensa.

2.5. La utilización al máximo de los criterios de racionalización y normalización administrativa, en los expedientes, labor en la que la creación y reciente reforma del Ministerio de Defensa puede hacer mucho por medio de sus órganos especializados.

*5.- Como consecuencia de ciertos compromisos internacionales y, concretamente, la integración de España en la CEE.*

*5.1.- Consecuencias Jurídicas de la adhesión.-*

El 1 de enero de 1986, España se convirtió en miembro de pleno derecho de las Comunidades Europeas y parte en sus Tratados fundacionales-Tratado CECA, de 18 de abril de 1951, y Tratados CEE y CEEA, de 25 de marzo de 1957-, tal como habían sido modificados o completados.

En esencia la adhesión supuso la transferencia por parte de España a las instituciones comunitarias de todas las competencias contenidas en los Tratados, incluso en la legislación derivada con fundamento en los Tratados mismos.

Así se desprende indubitadamente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de julio de 1964, al decir que la Comunidad está dotada de atribuciones propias y más precisamente de poderes reales surgidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, los cuales han limitado en unos ámbitos restringidos sus derechos soberanos y creado así un conjunto de derechos aplicables a sus nacionales y a ellos mismos, lo que entraña una limitación objetiva de sus derechos soberanos contra lo cual no podrá prevalecer un acto unilateral, incompatible con el contenido o noción de Comunidad.

Dicha transferencia de competencias encontró perfecto acomodo en el artículo 93 de nuestra Constitución—pensado, por ende, para regular nuestra futura integración en las Comunidades Europeas—, a cuyo tenor, “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Tal fue la finalidad de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, por la que se autorizaba la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

Por otro lado, resulta obligado reseñar que la entrada en vigor de los Instrumentos de Adhesión supuso, por nuestra parte, la aceptación de todo el conjunto de normas en que se articulan las políticas comunitarias. Como consecuencia del principio de aceptación íntegra del acervo comunitario o “*acquis*”—exigencia ineludible de la adhesión, conforme proclamó el Parlamento Europeo, en Resoluciones de 18 de enero de 1979 y 17 de noviembre de 1982—, España—artículo 2, 3 y 4 del Acta de Adhesión—incorporó a su ordenamiento interno la disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las Comunidades antes de su adhesión, obligando, unas y otras, en las condiciones previstas en los Tratados y en el Acta; asimismo, se adhirió a las decisiones y acuerdos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el Consejo, y adquirió el compromiso de adherirse a los convenios celebrados por los Estados miembros entre sí; finalmente, los acuerdos o Convenios suscritos por una de las comunidades con uno o varios terceros Estados, una organización internacional, o un nacional de un tercer Estado, serán vinculantes para España en las condiciones previstas en los Tratados y en el Acta.



Debemos finalizar esta asertación diciendo que, en virtud del principio de innegociabilidad del “*acquis*”, complementario del que venimos exponiendo, la negociación se limitó a la búsqueda de mecanismos— adaptaciones técnicas— que permitieran posponer o graduar en el tiempo la plena eficacia de las normas comunitarias, integradas, desde la adhesión, a nuestro ordenamiento interno.

Conviene, por último, reseñar esquemáticamente los principios que rigen las relaciones entre el ordenamiento interno y el Derecho comunitario, siguiendo al efecto a D. MANUEL IGLESIAS CABERO (1): principio de aplicabilidad inmediata, dado que la norma de Derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de Derecho comunitario positivo y se incardina en el Derecho positivo de cada Estado miembro, sin que para ello se requiera fórmula alguna especial de introducción; principio de aplicabilidad directa, en cuanto que las normas comunitarias son capaces de crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares; y principio de primacía, a cuya virtud las normas comunitarias ocupan en el contexto del Derecho interno rango de prioridad sobre las restantes normas de ese ordenamiento de los Estados miembros.

En conclusión, con el autor citado, el derecho comunitario deroga, en consecuencia, por su propia naturaleza, la totalidad de normas anteriores promulgadas en España, cuando sean contrarias al mismo, careciendo de valor las posteriores, contrarias a sus postulados, en la medida de haber sido dictadas por quiénes carecen de competencias para ello, a tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 96 de la Constitución.

5.2. *Disposiciones del Tratado de Roma, constitutivo de la CEE, con incidencia en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, son:*

5.2.1.- *Libertad de circulación y de trabajo.-*

Artículo 48 TCEE:

“1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

(1) MANUEL IGLESIAS CABERO, Magistrado: “Fundamentos del Derecho Comunitario Europeo”: Ed. Colex: Madrid. 1989

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
- c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
- d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleados de la Administración pública”.

Conforme al artículo 2º del TCEE: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas de desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada de nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estado que la integran”.

En función de dichos objetivos, el Tratado establece una serie de medidas, entre las cuales, en su artículo 3. c), “la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales”, prescribiendo en su artículo 7.1, “toda discriminación por razón de la nacionalidad”, sin perjuicio “de las disposiciones particulares previstas en el mismo”.

La libertad de circulación, que conlleva el derecho a entrar o salir de los territorios de los Estados de la Comunidad, a circular por él y permanecer o residir en dicho territorio, que como tal no aparece configurada en el Tratado, constituye el sustrato básico de los derechos económicos reconocidos en el Tratado, y se ejerce al amparo de los artículos 48, 52 y 59, imponiéndose sobre cualquier disposición legislativa o administrativa o cualquier práctica de las Administraciones nacionales incompatibles con ella.

La libertad de trabajo—expresamente recogida en el objetivo previsto en el artículo 48— contiene como sustrato básico la abolición de cualquier tipo de discriminación fundada sobre la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo que respecta al acceso al empleo, la remuneración

y demás condiciones de trabajo.

Conviene reseñar, que en los sujetos del derecho debe darse la condición de “nacionales de un Estado miembro”, y por lo que se refiere al objeto del trabajo, lo son las actividades por cuenta ajena, sin ninguna limitación dentro de su categoría.

La interdicción proclamada se extiende a cualquier práctica encubierta o indirecta restrictiva de dicha libertad. A los efectos de este estudio, baste con reseñar que, como desarrollo del precitado precepto, el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, del Consejo de la Comunidad, en su artículo 9.1, reconoce el derecho del trabajador de acceder a la vivienda que necesite. A dicha prescripción se opondría cualquier norma o práctica que discrimine por razón de la nacionalidad la adquisición de inmueble a tal fin.

### *5.2.2.- Libertad de Establecimiento.-*

Artículo 52 TCEE:

“En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libertad de establecimiento de los ciudadanos de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serán progresivamente suprimidas a lo largo de períodos de transición. Dicha supresión progresiva se extenderá igualmente a las restricciones para la creación de agencias, de sucursales o de filiales, por los ciudadanos de un Estado miembro establecido en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comporta el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, principalmente, de sociedades, en el sentido que se les da en el artículo 58, párrafo 2º, en las condiciones definidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a capitales”.

En torno al transcrito precepto —que como puede observarse se limita a consignar un “objetivo”— se articula uno de los dos tipos de libertad que a los trabajadores por cuenta propia, y a las personas jurídicas de alguno de los Estados comunitarios reconoce el Tratado CEE, cual es, la libertad de establecimiento, esto es, el derecho a establecerse en cualquiera de dichos Estados, al objeto de acceder a las actividades no asalariadas— se excluyen, por tanto, las que deban calificarse de movimiento de capitales, art. 67 TCEE, movimiento de mercancías, art. 9 TCEE, y las de carácter asalariado, art.º 48 TCEE— y a ejercitarlas, así como a la constitución y gestión de empresas,

en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

Conforme ha precisado el Tribunal de Justicia de las Comunidades—entre otras, Sentencia REYNERS, 1974—, el núcleo básico de la libertad que tratamos implica la interdicción absoluta de toda discriminación por razón de la nacionalidad en materia de establecimiento. Sólo son admisibles aquellas excepciones que el propio Tratado prevé — artº 55.1º, relativo a actividades que impliquen el ejercicio de actividad pública, y 56, 1º, que permite disposiciones especiales por razón de orden público, seguridad pública o salud pública—. La interdicción mencionada surte sus efectos tanto respecto a las desigualdades de trato expresas, como a las encubiertas o indirectas.

Resulta del máximo interés resaltar —en orden a la comprensión de la problemática que abordamos— que, como normativa comunitaria de desarrollo —el Programa General de 18 de diciembre de 1961, adoptado por el Consejo de la Comunidad, para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, consideró como restricción al objeto de su levantamiento, “aquellas disposiciones y prácticas que, con relación solamente a extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los derechos normalmente adscritos a una actividad no asalariada y, en particular, la facultad de ... d) . Adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles”.

### 5.2.3.- *Libertad de prestación de servicios.-*

Artículo 59 TCEE: “ En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación. El Consejo, unánimemente y a propuesta de la Comisión, podrá extender los beneficios de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean ciudadanos de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad”.

Siguiendo al efecto a IGNACIO BORRAJO INIESTA (2), “la libertad de servicios es la más amplia de todas las libertades económicas personales comunitarias: protege todas aquellas actividades económicas —definidas en el Tratado como las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración (artº 60)—, de los sujetos comunitarios que no sean actividades calificables como establecimiento o como trabajo asalariado”. Asimismo-

mo, precisa que “para beneficiarse de ella es preciso no sólo ser nacional de un Estado miembro, sino haberse establecido o situado en alguno de los países de la Comunidad, en los mismos términos requeridos para el ejercicio de la libertad de establecimiento secundario”.

El orden a la comprensión del alcance de este derecho, frente a la libertad de establecimiento, consideramos oportuno reproducir la opinión al respecto de PIERRE MATHIJSEN (3): “ a pesar que ambos derechos pueden contemplar el ejercicio de una misma actividad económica, el establecimiento supone una residencia estable y permanente en otro Estado miembro, esto es, una base a partir de la cual procede a la prestación de servicios o al desempeño de una actividad independiente; por contra, los servicios pueden ser desempeñados desde una instalación en país de residencia habitual, ya que pueden requerir solamente el desplazamiento temporal y ocasional al Estado miembro donde se materializa la prestación del servicio”.

Su núcleo central, se precisa en la Sentencia VAN BINSBERGER, 1974, radica en una absoluta interdicción de la libertad de servicios por razón de la nacionalidad, así como las discriminaciones indirectas o encubiertas; solamente por razón del interés general —fundamentado en alguno de los supuestos enumerados en los artículos 56, 1º ó 36 del Tratado— son admisibles restricciones a dicha libertad.

Finalmente decir que, en el correlativo Programa al expuesto en el anterior epígrafe, éste relativo a Supresión de restricciones a la libre prestación de servicios, el Consejo de la Comunidad, en 1961, consideró como restricción a dicha libertad— al objeto de su levantamiento—, entre otras, “toda prohibición u obstáculo a las actividades no asalariadas del prestador que consistan en un trato diferenciado del mismo con relación a los nacionales propios, previsto por una disposición legal, reglamentaria o administrativa de un Estado miembro o resultante de la aplicación de la misma o de prácticas administrativas, y, en concreto,.... aquéllas disposiciones y prácticas que, con relación solamente a los extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los derechos normalmente relacionados con la prestación de servicios y en particular, la facultad:... d) de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles”.

(2) IGNACIO BORRAJO INIESTA, Introducción al Cap. “Libertad de Servicios”, pág. 418 del Código de Derecho comunitario. Santiago Muñoz Machado. Ed. Civitas, Madrid, 1988.

(3) Cita en “Fundamentos de Derecho Comunitario”. Manuel Iglesias Cabero. pág. 254: Ed. Colex: Madrid. 1989.

#### 5.2.4.- *Prescripciones del Acta de Adhesión en las cuestiones expuestas.-*

El Tratado de Adhesión entró en vigor, según se había previsto en el mismo, el día *1 de enero de 1986*, simultáneamente con la adhesión a la CECA.

El Acta relativa a las condiciones de adhesión y a las adaptaciones de los Tratados, es un documento muy extenso, ya que consta de 403 artículos, 36 anexos y 25 protocolos. La gran mayoría de esos artículos se encuadran en la Cuarta parte del Acta —artículos 28 al 380—, relativa a las **medidas transitorias** aplicables a España y Portugal, consistentes en **derogaciones temporarias** a las normas del derecho comunitario especial (libre circulación, política agraria, política de pesca, etc).

En lo que afecta al estudio que se realiza, cabe reseñar lo siguiente :

A) Respecto de la *libre circulación de los trabajadores* entre España y los demás Estados miembros:

1. El artº 48 del Tratado CEE es aplicable en nuestro país desde el 1 de enero de 1986, con las salvedades dispuestas en los artículos 56 a 59 del Acta.
2. El artº 56.1, dispone que los artículos 1 al 6 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, sólo serán aplicables a partir del *1 enero de 1993*, con la excepción del Ducado de Luxemburgo, en donde el aplazamiento es hasta el *1 de enero de 1996*.

B). Respecto a la *libre circulación, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios*:

1. El artº 57.1 del Acta expresa que hasta el 31 de diciembre de 1990, el artº 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 se aplicará con condiciones para los miembros de la familia del trabajador (artº 10.1.a.), dependiendo de que la instalación de los mismos de forma regular en un Estado miembro se hubiese realizado antes o después de la firma del Acta, respetando los acuerdos bilaterales que, sobre el particular, se tuviesen con otros Estados miembros.
2. Hay determinadas disposiciones de la Directiva 68/360/CEE, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores, que son indisolubles del Reglamento (CEE) nº 1612/68 y que al aplazarse la entrada en vigor de éste por el artº 56 del Acta, han

quedado en la misma situación de aplazamiento hasta el 1 de enero de 1993, excepto con Luxemburgo en que el período se amplía hasta el 1 de enero de 1996.

### 5.3. *La necesaria adaptación de la Ley 8/75, de 12 de marzo.-*

#### 5.3.1.- *El alcance de la adaptación.-*

Ya con ocasión del XXVI Curso Anual para Mandos Superiores —1985/86—, exponíamos nuestro criterio sobre la necesidad de adaptar la Ley 8/75 al Derecho comunitario, así como el alcance de la misma.

Al objeto se expresaba que las restricciones impuestas por dicha normativa al ejercicio de derechos reales sobre bienes inmuebles, situados dentro de zonas definidas como de interés para la Defensa Nacional o de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, por su carácter genérico, es decir, por no establecer discriminación alguna por razón de la nacionalidad, no resultaban incompatibles con las disposiciones del Tratado CEE —y sus normas complementarias—, en el ámbito de las libertades expuestas. Por la misma razón, dicha aseveración es igualmente predicable respecto de las limitaciones previstas para Ceuta y Melilla, a las que con posterioridad nos referiremos.

Por el contrario, se exponía, las limitaciones que para el acceso a la propiedad, en las denominadas “zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros”, se establecen en el artº 4 de la Ley 8/75, y en el Capítulo III —artículos 32 a 48— de su Reglamento, resultan contrarias a la sistemática comunitaria, por cuanto se introduce una discriminación por razón de la nacionalidad, entre españoles y extranjeros, cualquiera que fuera su nacionalidad.

Conviene precisar que el régimen de autorizaciones administrativas a que se hace referencia no puede incardinarse en el especial previsto en el artículo 56.1 del Tratado CEE, previsto para extranjeros, justificado por razones de orden público, seguridad o salud públicas, por cuanto éste requiere —como indubitadamente se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 15 de mayo de 1986, dictada ante una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Belfast— de una interpretación restrictiva, esto es adecuada al fin perseguido y proporcional en el sentido de producir la menor lesión posible, incompatible con excepciones de carácter general, alcance éste de las contenidas en los referidos artículos 4 de la Ley 8/75 y 32 a 48 de su Reglamento.

Igual inadecuación se observa respecto del artº 12 del Real Decreto

legislativo 1265/1986, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España, dictado en aplicación de la Ley 47/85, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, en la medida que mantiene el aludido criterio discriminador, al decir 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 la adquisición se encuentra en alguna de las zonas del territorio nacional especificada en dicha legislación”.

Finalmente, antes de exponer la posición mantenida al respecto por la Administración española— y, en concreto, por el Ministerio de Defensa, competente en la materia—, resulta conveniente dejar constancia que en la Sesión del día 22 de marzo de 1982, en el seno de la Conferencia Negociadora del ingreso de España en las Comunidades Europeas, se llegó al acuerdo siguiente:

“Adquisición por nacionales comunitarios de terrenos situados en zonas determinadas y de interés para la defensa nacional: 1º) España aplicará el acervo comunitario en la materia desde la adhesión, lo que implica la supresión, a lo más tardar en dicha fecha, de las discriminaciones fundadas en el criterio de la nacionalidad; 2º) la delegación española informará puntualmente a la Comunidad del desarrollo de los estudios y de la legislación que deberá aprobarse para ello, quedando los servicios de la Comisión a disposición de las autoridades españolas para proporcionarles todo tipo de indicaciones que pudieren parecerles útiles”.

### 5.3.2.- *La práctica observada por la Administración española.-*

La práctica observada por la Administración española —y, en concreto, el Ministerio de Defensa—, al abordar el tema de la incidencia de la adhesión de España a la CEE, respecto a la Ley 8/75, de 12 de marzo, y más concretamente, respecto a su apartado relativo a “zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros” ha consistido, al menos hasta el mes de diciembre de 1987, en distinguir entre personas físicas y jurídicas nacionales de otro Estado miembro de dicha Comunidad.



A las primeras no se exigía la autorización militar para adquirir inmuebles y para realizar los demás actos jurídicos a que se refiere el artº 37 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, por entender que la verificación de su nacionalidad no ofrecía dificultad mediante la simple exhibición del pasaporte.

Por contra, a las personas jurídicas, se exigía la autorización militar por entender que sin un examen pormenorizado de los escritos de constitución, estatutos sociales y sus modificaciones y de las certificaciones expresivas de las participaciones en el capital y en los órganos sociales no era posible determinar si concurren o no las condiciones para precisar si es o no persona jurídica comunitaria equiparable a la persona jurídica española a efectos de su no discriminación. Dicho régimen se aplicaba igualmente a las sociedades españolas con participación suficientemente representativas en el capital de personas físicas o jurídicas extranjeras, entendiéndose que concurría tal circunstancia cuando dicha participación superaba en unos casos el 50% u oscilaba, en otros, entre el 25 y el 50%.

Así se desprende indubitadamente del escrito remitido, con fecha 7 de diciembre de 1987, por la Dirección General de Infraestructura de dicho Departamento a la Secretaria de Estado para las Comunidades Europeas. Dicha práctica se amparaba en la Circular de la Dirección General de Política de Defensa, de 18 de septiembre de 1986, único texto normativo hasta el momento dictado en orden a la citada integración de nuestro Derecho interno en el acervo comunitario, en la materia que abordamos, debiendo asimismo significarse que el criterio que la sustentaba era explícitamente admitido en un estudio elaborado al efecto por el Notario de Madrid, D. Francisco Lucas Fernández, a instancia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual, pensamos, obtuvo la necesaria difusión en dicho Colectivo.

Centrada así la cuestión, a nuestro juicio, el criterio sustentado por el Ministerio de Defensa no puede entenderse adecuado a la sistemática comunitaria, tanto en el orden material, como en el formal o adjetivo.

De conformidad con el dictamen 8/88, de 14 de enero, emitido por la Subdirección General para Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas, la solución fáctica dada a las personas jurídicas contradice lo dispuesto en el artículo 58 del Tratado CEE, a cuyo tenor, " las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros; por sociedades se

entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

Dicho precepto, afirma el referido dictamen, sólo puede interpretarse en el sentido de la completa equiparación con las personas físicas de las sociedades que cumplen con los requisitos fijados en el artº 58 del Tratado; ello implica la imposibilidad de aceptar la noción tradicional de extranjero, que entendía por tal, a todos los no nacionales. La legislación de un Estado miembro de la CEE debe distinguir entre nacionales, personas físicas o jurídicas que son nacionales de otros Estados miembros y los demás. Los primeros, los nacionales, personas físicas o jurídicas, de otro Estado miembro quedan equiparados, en el ámbito del tratado CEE a los nacionales del propio Estado miembro, sin más excepciones que las expresamente previstas en el Tratado y ello con el alcance que el Tribunal de Justicia, intérprete supremo del Tratado, ha dado a las mismas. En el caso que nos ocupa serán las del artº 56.1º, del cual ya hemos expuesto lo conveniente.

Resulta importante reseñar que el artº 58 del Tratado requiere para su aplicación el cumplimiento del reconocimiento recíproco de sociedades que prevé el artº 220 del mismo. A falta de tal reconocimiento, cualquier sociedad que cumpla los requisitos del citado artº 58 y tenga entre sus objetivos la compra de inmuebles, podrá adquirirlos —entendemos sin necesidad de autorización— en esas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, aunque luego, su explotación dependerá de que cumpla con los requisitos de la legislación española en orden a su reconocimiento como tal.

Finalmente, respecto del aspecto formal que se apuntaba, debemos reseñar que, si bien el tratamiento de las personas físicas es acorde con la norma comunitaria, el rango de la norma empleada al efecto —la Circular de la Dirección General de Política Militar, de 18 de septiembre de 1986—, resulta insuficiente para salvar la incompatibilidad del texto normativo, conforme reiterada jurisprudencia, Sentencia de 15 de octubre de 1986, Comisión contra Italia, as. 168/85 y Sentencia de 20 de octubre de 1981, Comisión contra Bélgica, as. 137/80, extremo en el que no profundizaremos, si bien sumariamente cabe mencionar que en las mismas se recoge el principio de la necesidad de que la transposición del Derecho comunitario al Interno debe realizarse a través de disposiciones equivalentes, reseñándose expresamente la insuficiencia de las Circulares administrativas como medio de transposición de Directivas al Derecho Interno.

#### 5.4.- *Legislación comparada.- Especial referencia al caso Griego.-*

##### 5.4.1.- *Francia.-*

Los extranjeros pueden aspirar a las compra de inmuebles en las mismas condiciones que las personas de nacionalidad francesa.

Unicamente se excluye aquellos lugares que reúnen la condición de desclasificados del ramo de guerra. Se trata, en general, de antiguas fortificaciones o campos militares.

Por otra parte, está establecido que la libre adquisición se refiere a bienes particulares y no a los que tienen carácter público, especialmente si pertenecen a la Defensa.

##### 5.4.2.- *Inglaterra-*

La libertad para adquirir bienes inmuebles es total, sin que exista restricción alguna, ni general ni específica.

Lo que sí existe son numerosas disposiciones que facultan al Poder Ejecutivo para el caso de que las circunstancias lo aconsejen, a llevar a cabo la "adquisición forzosa", o sea, la expropiación para "fines públicos o quasi públicos," de los terrenos interesantes.

En la práctica, el Ministerio de Defensa es uno de los terratenientes más importantes.

Mediante la "Legislación de emergencia", cabe desalojar o expropiar, a todo extranjero o súbdito inglés, o expropiar sus fincas, terrenos o casas.

##### 5.4.3.- *República Federal Alemana.-*

Básicamente sigue la misma reglamentación legal, con pequeñas excepciones, para las personas naturales o jurídicas extranjeras, que para los ciudadanos de la República Federal.

En algunas regiones existen limitaciones respecto a adquisiciones por parte de extranjeros, que no tienen validez para personas pertenecientes a países de la Comunidad Económica Europea.

##### 5.4.4.- *Irlanda.-*

No tiene legislación sobre adquisición de bienes por parte de extranjeros. Existe reglamentación respecto a los terrenos que se utilizan para fines relacionados con la Defensa.

#### 5.4.5.- Italia.-

El ciudadano extranjero es admitido al disfrute de derechos civiles en condiciones de reciprocidad y salvo lo que dispongan las leyes especiales. No existen, en tiempo de paz, leyes especiales que limiten los derechos de propiedad de los ciudadanos extranjeros.

#### 5.4.6.- Bélgica.-

Los extranjeros pueden adquirir inmuebles en la unión Económica Belga-luxemburgesa a otros extrajeros, nacionales y residentes

#### 5.4.7.- Especial referencia al caso griego.-

##### 5.4.7.1.- Antecedentes.-

En la República Helénica encontramos dos grupos de disposiciones, en los que es posible apreciar identidad de razón o similitud con la legislación española. Nos estamos refiriendo:

1. A las disposiciones del Decreto Presidencial 22/24 de junio de 1927, que incumben únicamente a los extranjeros, y;
2. A las disposiciones del Decreto-Ley nº 1366/1938, del 2/7 de septiembre, que afectan tanto a los nacionales, como a los que dependen de jurisdicciones extranjeras. Esta Ley, sin embargo, otorga a los nacionales la posibilidad de adquirir bienes inmuebles, si se someten al control administrativo previsto. Las personas dependientes de jurisdicciones extranjeras no tiene esa posibilidad, salvo que el Decreto, que define como "fronteriza" la zona o región en cuestión, sea derogado.

##### 5.4.7.2.- Discusión del caso griego.-

Los dos grupos de disposiciones citados, vulneran aquella normativa comunitaria, relativa a la libertad de establecimiento y, en particular, el artº 52. El derecho de poseer o alquilar bienes inmuebles en cualquier otro Estado miembro es, evidentemente, complementario del derecho a establecerse. Además ese derecho de poseer o alquilar bienes inmuebles, implica

necesariamente el derecho a utilizar y explotar esos bienes. Los términos del artº 54, párrafo 3, letra e), del Tratado, así como el Programa General de 1961 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento (JO 1962, nº 2, p.36), confirman que tal libertad es la finalidad del artº 52.

De otra parte, desde el final del período de transición previsto en el artº 8 del Tratado, debían considerarse prohibidas, en virtud del efecto directo del artº 59, las disposiciones que, con respecto a extranjeros solamente, excluían o limitaban el derecho de adquirir, explotar o enajenar derechos o bienes inmuebles; así como, las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios con respecto a las personas que, por cuenta propia, ejercieran actividades en el sector inmobiliario. En este respecto, es evidente que las disposiciones en cuestión pueden restringir el derecho de las personas dependientes de jurisdicciones de otros Estados miembros para prestar libremente en Grecia servicios que impliquen la adquisición o la explotación de bienes inmuebles.

En cuanto a la vulneración del artº 48 del Tratado, conviene mencionar que dicho artículo es aplicable en Grecia desde el 1 de enero de 1981, con las limitaciones de las disposiciones transitorias previstas en los artículos 45 y 47 del Acta de Adhesión. Estas disposiciones transitorias no mencionan directamente el artº 48, sino ciertos textos de derecho comunitario, en particular el Reglamento (CEE) nº 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores al interior de la Comunidad (JO 1968, nº L 257, p.2) El artº 45, párrafo 1, del Acta de Adhesión dispone que los artículos 1 al 6 y 13 al 23 del Reglamento CEE nº 1612/68, “no son aplicables... en Grecia con respecto a las personas de jurisdicciones de los Estados miembros actuales, más que a partir del 1 de enero de 1988”. Y el artº 45, párrafo 2, aplaza la aplicación del artº 11 del Reglamento, pero las disposiciones transitorias no mencionan el artº 9, párrafo 1 del Reglamento, en el cual se expresa: “El trabajador que, sometido a la jurisdicción de un Estado miembro, esté empleado en el territorio de otro Estado miembro, se beneficiará de todos los derechos y todas las ventajas concedidas a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento, incluyendo el acceso a la propiedad del alojamiento del cual tenga necesidad”.

En consecuencia, las disposiciones transitorias citadas no suspendieron la aplicación del artº 9, párrafo 1, que está en vigor, por tanto, desde el 1 de enero de 1981, lo que implica que los trabajadores de otros Estados miembros que estuviesen empleados en Grecia antes de esa fecha, así como los que fueron empleados posteriormente a la misma, podían beneficiarse de lo dispuesto en el artº 9. Sin embargo, las restricciones existentes en los dos

grupos de disposiciones griegas, impiden el acceso a la propiedad o al arrendamiento de bienes muebles o inmuebles por extranjeros, siendo, por tanto, manifiestamente incompatibles con lo establecido en el citado artº 9.

Ninguno de los textos mencionados de las disposiciones transitorias se refieren a la titularidad del alojamiento, resultando de ello que la aplicación del artº 48, en lo referente al alojamiento, así como al acceso a la propiedad y al alquiler de bienes inmuebles no fue suspendida, con respecto a Grecia, por las disposiciones transitorias del Acta de Adhesión. De todas formas, el artº 48, es aplicable completamente en Grecia desde el 1 de enero de 1988, fecha de expiración de las últimas disposiciones transitorias previstas en los artículos 45 al 47 del Acta.

El artº 48 se expresa perfectamente en cuanto al alojamiento, así como en cuanto al acceso a la propiedad y al alquiler de bienes inmuebles. El Reglamento CEE nº 1612/68, cuyo artº 9, párrafo 1, indica, al menos, que un tratamiento igual al que se reserva para los nacionales de un Estado miembro, es exigido en materia de alojamiento en vistas de realizar la libre circulación de los trabajadores tal como está definida en el artº 48. Además, en términos del párrafo 3, del artº 48, la libre circulación de los trabajadores comporta el derecho “de residir en uno de los estados miembros, a fin de ejercer en él un empleo conforme a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que rijan el empleo de trabajadores nacionales”. En consecuencia, las restricciones que figuran en la legislación griega para acceder a la propiedad y alquiler de bienes inmuebles por parte de los extranjeros, obstaculizan en la práctica el derecho que le corresponde a un trabajador de cualquier otro Estado miembro para residir en Grecia, con el fin de ejercer allí una actividad profesional. Se puede afirmar que dichas restricciones son contrarias al artº 48 del Tratado.

#### 5.4.7.3.- *Posición de la Comisión.-*

En virtud del artº 169, la Comisión aprecia y sostiene que los dos grupos de disposiciones, citados anteriormente, constituyen una discriminación por razón de la nacionalidad, contraria al artº 7 del Tratado CEE y crean un obstáculo para la libre circulación de personas y de servicios (artículos 48, 52 y 59 del Tratado CEE). No obstante, la Comisión rehusó adoptar una postura sobre la incompatibilidad de dichas disposiciones con las del Tratado, en lo referente a la libre circulación de capitales (artº 67 y ss.).

#### 5.4.7.4.- *Posición del Gobierno Griego.-*

El Gobierno Griego no logró en sus observaciones a las quejas presentadas por la Comisión, establecer la existencia de circunstancias de *fuera de fuerza mayor*, que por la naturaleza de las mismas, pudiesen exonerarlas. El Gobierno:

- 1) Invocó la *circunstancia política* de la elaboración de un proyecto de ley que adecuaría la normativa griega citada a las obligaciones comunitarias.
- 2) En la Audiencia, durante la primera vez, trató de justificar las disposiciones en litigio por *razones de seguridad*, alegando expresamente el artº 224 del Tratado. No obstante, esta alegación fue presentada fuera de plazo en el procedimiento y el Tribunal no la tuvo en consideración, en virtud del artº 42, párrafo 2 del Reglamento de Procedimiento. Es más, esta medida se adopta en el procedimiento con objeto de garantizar al Estado demandado la posibilidad de asegurar su defensa y, por tanto, el incumplimiento inculminado en la Carta de emplazamiento, el dictamen motivado y la demanda introductoria deben ser el mismo, los medios y los motivos invocados en estos tres actos deben ser idénticos (CJCE1.12.65, Comisión contra Italia, as. 45/64, Rec. 1068).
- 3) Invocó los esfuerzos realizados y las dificultades que había encontrado para modificar las disposiciones litigiosas en la línea del derecho comunitario. Pero está establecido, de un modo general, que un Estado no podrá alegar unas "Disposiciones o prácticas de su orden interno, incluso constitucionales" para justificar el no respeto de sus obligaciones comunitarias (CJCE 26.12.76, Comisión contra Italia, as. 52/75, Rec. 284).

#### 5.4.7.5.- *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.-*

El Tribunal de Justicia decidió en Sentencia de 30 de mayo de 1989, con relación a la causa 305/87 contra la República Helénica, lo siguiente:

"Declarar que la República Helénica, al mantener en vigor y aplicar el artículo único del Decreto Presidencial de 22-24 de junio de 1927 y los artículos 1, 2, 3,4, y 5 de la Ley de Excepción nº 1366 de 2-7 de septiembre de 1938, relativos a la celebración de negocios jurídicos sobre bienes inmuebles situados en la regiones fronterizas helénicas por los ciudadanos

de los demás Estados miembros, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CEE”.

### 5.5.- Conclusiones.-

En razón de lo expuesto, cabe extraer las siguientes conclusiones:

**Primera:** Como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas, se incorporaron al ordenamiento jurídico interno español, la totalidad de las normas que integran el acervo comunitario, Derecho originario y derivado, adquiriendo rango de primacía sobre aquél, sin perjuicio de las adaptaciones técnicas previstas en el Acta de Adhesión.

**Segunda:** Conforme a los artículos 48, 52 y 59 del Tratado fundacional CEE, en relación con el artículo 7 del mismo y sus normas complementarias, cualquier disposición legislativa o reglamentaria que imponga a los nacionales de Estados miembros un tratamiento discriminatorio no amparado en las excepciones que dicha norma prevé respecto de los españoles en el ejercicio de las libertades de circulación de personas, establecimiento y prestación de servicios, debe considerarse como contraria a dicho ordenamiento, con el efecto derogatorio que se deriva del aludido principio de primacía.

Conviene destacar que conforme al artº 9.1º, del Reglamento del Consejo 1612/68, de 15 de octubre, la libertad de circulación implica el derecho de los asalariados a tener acceso a la propiedad de la vivienda que necesite, y que conforme a los Programas Generales de 1961, para la supresión de las restricciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios, se consideran prácticas restrictivas al ejercicio de las mismas “cualquiera disposiciones y prácticas que, con relación solamente a los extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones, entre otros, la facultad de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles.”

**Tercera:** Las limitaciones que para el acceso a la propiedad y ejercicio de derechos reales sobre inmuebles en las denominadas “zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros”, excepción hecha de Ceuta y Melilla, determinan los artículos 18 de la Ley 8/75, de 12 de marzo, y 37 y 46 de su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 689/78, de 10 de febrero, son contrarias al Tratado CEE y normas complementarias, por cuanto, de un lado, introducen discriminación por razón de la nacionalidad entre españoles y extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad, tanto si se trata de personas físicas como jurídicas, y de otro, la



imposibilidad de encuadrar el régimen de autorizaciones administrativas que establecen en las excepciones previstas al principio de no discriminación de las libertades aludidas en el artº 56.1 del Tratado.

**Cuarta:** Idéntica incompatibilidad debe producir respeto del artº 12 del Real Decreto legislativo 1265/86, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España.

**Quinta:** En orden a la transposición de las normas comunitarias al derecho interno español, resulta insuficiente la Circular de la Dirección General de Política Militar de la Defensa.

**Sexta:** Se entiende la necesidad de reformar la Ley 8/75, de 12 de marzo, en orden a su adecuación al Derecho comunitario, en el sentido de equiparar a los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea así como a las sociedades que cumplan los requisitos fijados en el artº 58 del Tratado CEE con los españoles, personas físicas o jurídicas, pudiendo mantenerse la actual limitación para personas físicas nacionales de terceros Estados y para las personas jurídicas extranjeras que no cumplen los requisitos del artº 58 del Tratado CEE, pudiendo establecer, mediante normas de rango adecuado, un régimen especial para los nacionales CEE, sean personas físicas o jurídicas que estén justificadas por razones de orden y seguridad pública a condición de que tales limitaciones cumplan con los criterios manifestados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias que ha dictado en esta materia, es decir, respecto a los principios de interpretación restrictiva, adecuación al fin perseguido y proporcionalidad.

"En el momento de repasar las pruebas tipográficas del presente estudio, se ha tenido conocimiento de una importante iniciativa legislativa del Departamento de Defensa, que entendemos suficiente, en orden a solventar el problema planteado, cual es, la inclusión en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado 1991, de un artículo que reza así:

"Artículo ....- De la Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

**Uno.** El artículo decimonoveno de la Ley 8/75, de 12 de marzo, sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, queda redactado en los términos siguientes:

"1. Será exigible la autorización militar en todos los casos que previene el artículo anterior a las Sociedades Españolas cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales de un Estado miem-

bro de la Comunidad Económica Europea, en proporción superior al 50 por 100, o cuando, aún no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la Sociedad; dicha comprobación se verificará conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

2. El Cómputo del porcentaje de inversión extranjera a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará a cabo conforme a los criterios establecidos en la vigente normativa sobre inversiones Extranjeras en España.

**Dos.** Se introduce en la citada Ley 8/87, de 12 de marzo, una Disposición Adicional que queda redactada en los términos siguientes:

"1. Las limitaciones que para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación en los territorios declarados, o que se declaren, zonas de accesos restringidos a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las previsiones contenidas en la disposiciones que integran el Capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea; tratándose de personas jurídicas que ostenten dicha nacionalidad, el aludido régimen será de aplicación en los mismos términos que se prevé respecto de las personas jurídicas españolas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior regirá respecto de los nacionales comunitarios a la que se hubiese aplicado o se aplique el régimen previsto en el artículo 24"

**Tres.** Se modifica el artículo 12 del Texto Articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, que queda redactado como sigue:

"Artículo 12. Cuando la adquisición de inmuebles se lleva 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 adquisición se encuentra en alguna de la zonas del territorio nacional especificadas en dicha legislación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de las CEE, que podrán adquirir los inmuebles ubicados en dichas zonas en las mismas condiciones que los nacionales españoles"

## V. REGIMEN ESPECIAL VIGENTE PARA LOS TERRITORIOS ESPAÑOLES DEL NORTE DE AFRICA

Consideramos que no quedaría completa la panorámica del estudio y comentario de la Ley y Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, si no hiciéramos un apartado especial, con sustantividad propia, para referirnos a las modalidades y especialidades vigentes para estos territorios, que —por razones obvias de carácter estratégico y militar— cuentan con un sistema de limitaciones o restricciones al uso de la propiedad que no sólo afecta a los extranjeros, sino también a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española, incluyendo la restricción a los Entes Públicos.

### 1.- DERECHO POSITIVO

#### A). Regulación en la Ley 8/75

La Disposición final 2ª en su redacción original determinaba que “Con independencia de lo dispuesto en esta Ley, y sin perjuicio de su aplicación a los territorios españoles del Norte de Africa, el Gobierno queda expresamente facultado para dictar, con relación a los mismos, las normas especiales que las necesidades de la Defensa Nacional aconsejaren según las circunstancias de cada momento y, entre aquellas, la exigencia de la autorización del Consejo de Ministros en todos los casos de transmisión o gravamen de la propiedad de bienes inmuebles, *cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente*”.

La Disposición final 2ª fue modificada por Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, disposición adicional decimoséptima, quedando articulada en los siguientes términos: “Con independencia de lo dispuesto en esta Ley, y sin perjuicio de su aplicación a Ceuta y Melilla, el Gobierno queda expresamente facultado para dictar, con relación a las mismas, las normas especiales que las necesidades de la defensa nacional aconsejaren según las circunstancias de cada momento y, entre aquellas, la exigencia de autorización del Consejo de Ministros en todos los casos de transmisión y gravamen de la propiedad de bienes inmuebles, así como construcción de obras o edificaciones, cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente. Mediante Real Decreto, el Gobierno podrá acordar la desconcentración de la facultad para otorgar estas autorizaciones. Los órganos a los que se atribuyan tal facultad tendrán la potestad sancionadora prevista en los párrafos primero y segundo del artículo treinta de esta Ley”.

B). *Regulación en el Reglamento de 10-2-1978*

La Disposición final 1ª dispone:

1. "De conformidad con lo establecido en la disposición Final 2ª de la Ley, independientemente de lo dispuesto en este Reglamento y sin perjuicio de su aplicación a los territorios españoles del Norte de Africa, cuando los actos jurídicos a que se refieren los art. 37 y 46 recaigan sobre bienes inmuebles sitos en los mismos y los adquirentes sean *extranjeros o españoles nacionalizados*, será necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros, la cual, respecto de los extranjeros, sustituirá a la autorización militar prevista en este Reglamento.
2. La autorización prevista en el párrafo anterior se solicitará mediante instancia dirigida al Consejo de Ministros, por conducto de la Capitanía General, que la elevará con su informe al Ministro de Defensa, a través del General Jefe del Estado Mayor del Ejército. Las decisiones del Consejo de Ministros no son susceptibles de recurso alguno.
3. Lo dispuesto en esta disposición final no agota la autorización concedida al Gobierno por la Disposición Final Segunda de la Ley".

C). *El R.D. 2636/1982 de 12 de Agosto (BOE 253)*

En su preámbulo se hace referencia a *la necesidad de cumplir lo previsto en el artículo 14 de la Constitución*, sin merma de las garantías necesarias respecto a la adquisición de bienes por españoles o extranjeros en razón de los intereses de la Defensa... hace necesario modificar la D.F. 1ª del Reglamento de desarrollo de la Ley 8/1975 que queda redactada así:

1. "De conformidad con lo establecido en la disposición final segunda de la Ley, independientemente de lo dispuesto en este Reglamento, y sin perjuicio de su aplicación a *Ceuta y Melilla*, cuando los actos jurídicos, a que se refieren los arts. 37 y 46 recaigan sobre bienes inmuebles sitos en los mismos, será necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros *cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente*. Si éste fuese extranjero, dicha autoridad sustituirá a la de carácter militar prevista en este Reglamento.

2. La autorización del Consejo de Ministros se solicitará mediante instancia dirigida al mismo por conducto de la Capitanía General que la elevará con su informe, al Ministro de Defensa, a través del General Jefe del Estado Mayor del Ejército.

Las decisiones del Consejo de Ministros no son susceptibles de recurso alguno, y serán notificadas por conducto del Ministro de Defensa, al objeto de que, caso de ser positivas, pueda darse cumplimiento a lo previsto en los arts. 32.1.c), 42 y 43 y demás concordantes de este Reglamento.

3. Lo dispuesto en esta disposición final no agota la autorización concedida al Gobierno por la D. F. 2ª de la Ley”.

El art. 14 de la constitución, cuya normativa originó la modificación dispone que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

*D.) R.D. 374/1989, de 31 de Marzo. Ulterior proceso normativo.*

El artículo único del R.D. 374/1989, de 31 de marzo, dio nueva redacción a la disposición final 1ª del Reglamento de ejecución de la Ley 8/75, articulándolo en los siguientes términos:

**Uno.-** De conformidad con lo establecido en la disposición final segunda de la Ley 8/1975, en la redacción dada por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, y sin perjuicio de la aplicación de los preceptos de ésta, y sus normas reglamentarias en Ceuta y Melilla, cuando los actos a que se refieren los artículos 37 y 45 de este Reglamento recaigan sobre inmuebles sitos en las mismas, será necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros cualquiera que fuese la nacionalidad del adquirente o interesado, sustituyendo en todo caso, dicha autorización a la de carácter militar prevista en este Reglamento.

**Dos.-** Se desconcentra en el Ministerio de Defensa la concesión de autorizaciones para proyectos de obras o construcciones de cualquier tipo, tanto públicas como privadas, cuando estén situadas en una propiedad del Estado afecta al Ministerio de Defensa, o se realicen dentro del perímetro de la zona de seguridad de una instalación militar o civil declarada de interés militar, en Ceuta y Melilla.

**Tres.**- Se desconcentra en los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla la concesión de autorizaciones para los proyectos de obras o construcciones, no comprendidas en el apartado anterior, así como para las obras de mera conservación de edificaciones preexistentes que cuenten con las oportunas licencias urbanísticas.

*Igualmente, se desconcentra en los Delegados del Gobierno, la concesión de autorizaciones para la transmisión de la propiedad por cualquier título, de bienes inmuebles sitos en Ceuta y Melilla, o para la constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre los mismos, cualquiera que fuese la nacionalidad del adquirente.*

**Cuatro.**- El Ministerio de Defensa, informará preceptivamente los expedientes de concesión en los supuestos de realización de obras que impliquen modificación del volumen de las edificaciones en Ceuta y Melilla o, cuando se trate de la transmisión de la propiedad por cualquier título, de bienes inmuebles sitos en Ceuta o Melilla, o para la constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre los mismos, si el propietario o adquirente, en todos estos supuestos, fuese de nacionalidad extranjera.

**Cinco.**- Tan pronto como sea recibida por los Delegados del Gobierno una solicitud de autorización, remitirán el expediente al Ministerio de Defensa para su resolución en los supuestos del apartado dos anterior, o darán traslado de la misma a dicho Ministerio para que en el plazo de un mes pueda emitir el preceptivo informe si concurren las circunstancias previstas en el apartado cuatro. En los demás supuestos, los Delegados del Gobierno resolverán lo procedente.

En los expedientes a que se refieren los apartados anteriores, si el Delegado del Gobierno constatare la existencia de otros intereses públicos no concordantes con el informe o decisión del Ministerio de Defensa, se procederá a elevar dicho expediente al Consejo de Ministros para que resuelva en uso de las competencias propias a que se refiere el apartado uno de esta disposición final.

**Seis.**- El Ministerio de Defensa, a efectos del ejercicio por las autoridades militares de sus facultades permanentes de vigilancia y control previstas en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y en cumplimiento de lo previsto en los artículos 32.1 c), 42 y 43 y concordante de este Reglamento, será notificado mediante la remisión de copia de los acuerdos adoptados por los Delegados del Gobierno concediendo o denegando autorizaciones.

**Siete.**- En relación con las competencias desconcentradas en los Delegados del Gobierno, estos podrán sancionar las infracciones con multas de hasta la cuantía señalada en el primer párrafo del artículo 30 de la Ley 8/1975,

de 12 de marzo, modificada por la disposición adicional decimoséptima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, o elevar, a través del Ministerio del Interior el expediente sancionador al órgano competente en su caso con propuesta de sanción.

**Ocho.**- Con independencia del recurso de reposición, las resoluciones dictadas al amparo de lo previsto en esta disposición final ponen fin a la vía administrativa.

**Nueve.**- Lo dispuesto en esta disposición final no agota la autorización concedida al Gobierno por la disposición final segunda de la Ley 8/1875, de 12 de marzo”.

Las facultades desconcentradas por el R.D. 374/1989, en el Ministerio de Defensa, fueron delegadas en el Director General de Infraestructura de dicho Departamento, por Orden 55/1989, de 3 de julio, sin perjuicio de las prescripciones del artículo 22. 3º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, reservándose la autoridad delegante la facultad de avocar para si el conocimiento y resolución de cuantos asuntos estime oportunos.

A su vez, la disposición que tratamos fue recientemente objeto de desarrollo normativo, a través de la *Instrucción del Ministerio de Defensa nº 8/1990, de 24 de enero*, cuya finalidad básica radicó en el establecimiento de los criterios que deben presidir la tramitación de los expedientes relacionados con las competencias desconcentradas en el Ministerio de Defensa, estableciendo en aras a lograr una mayor agilidad, eficacia y coordinación, la necesaria comunicación directa entre la Dirección General de Infraestructura —organismo en el que se delegaron las facultades desconcentradas— y los Delegados del Gobierno, en Ceuta y Melilla, por una parte, y la Autoridad Militar periférica”—entiéndase Comandantes Generales de Ceuta y Melilla— correspondiente, por otra.

## 2. CRÍTICA

*A. Conclusión de la Secuencia en el cambio de normativa.*- Ante el problema creado en Ceuta y Melilla por la adquisición de inmuebles por súbditos marroquíes, nacionalizados españoles, y ante la inconstitucionalidad de la discriminación entre españoles de origen y nacionalizados, fue necesario establecer la necesidad de autorización militar para todos, extranjeros y españoles.

La circunstancia de que todas las transmisiones de inmuebles, con la

amplia gama de actos jurídicos a que se refiere el artículo 37 del Reglamento, tuvieran que ser autorizados por el Consejo de Ministros, impidió la necesaria agilidad administrativa, originando protestas en los Ayuntamientos de Ceuta y Melilla y alguna interpelación parlamentaria al Gobierno.

Consecuentemente, por la Ley 37/88, se habilitó la posible desconcentración de las facultades del Gobierno en orden al régimen de autorización que contempla la disposición final 2ª de la Ley 8/75, verificándose aquella, en virtud del R.D. 374/1989, en favor de los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla y el Ministro de Defensa, delegándose subsiguientemente las facultades de éste en el DIGENIN de dicho Departamento.

B. *Diversos casos especiales.*- La necesidad de la autorización militar para adquirir inmuebles en Ceuta y Melilla, o para construir edificaciones, así como los criterios denegatorios que se vienen utilizando cuando se trata de súbditos de origen o ascendencia marroquí, ha creado una, muy variada, casuística en la que el ingenio humano ha buscado los más recónditos subterfugios para obviar la normativa. Por ejemplo: adquirir a nombre de menores de nacionalidad española de origen, por haber nacido en Ceuta o Melilla; adquirir por medio de disolución de la sociedad de gananciales, siendo español un cónyuge y marroquí el otro; construir barracones en solares propiedad del Estado—Ramo de Defensa—; arrendar inmuebles por 99 años para encubrir verdaderas transmisiones de dominio.

Resumimos, a continuación, los criterios mantenidos por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, en algunos de estos casos especiales, para dejar constancia de la realidad práctica, tan rica y variada, que plantea este Régimen especial.

“Los aspectos legales derivados de la existencia de barracones en Ceuta, ubicados dentro del perímetro de una finca propiedad del Estado español y afecta al Ramo de Defensa con vistas directas de dominio y fuego sobre el Acuartelamiento y la problemática de los inmuebles adquiridos por contrato privado o sin él, en Melilla, han sido tratados con carácter general por la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado del Ministerio de Justicia, según el Real Decreto 870/1985, del 5 de junio, B.O.E. núm. 138), en dictamen de 7 de noviembre de 1983. Se llega a la conclusión de la procedencia de instruir el expediente sancionador a que se refieren los arts. 95 a 98 del Reglamento de 10 de febrero de



1978, dictado por aplicación de la Ley 8/1975 sobre zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, depurando —en dicho expediente— las circunstancias de hecho relativas a las fechas de construcción y a las diversas transmisiones de propiedad en los inmuebles, si las hay sin autorización militar tanto en las edificaciones como en las transmisiones.

Siendo esencial, según el art. 96, la formulación por el Instructor del Pliego de cargos con otorgamiento de plazo de ocho días para la contestación.

La instrucción del indicado expediente ya ha sido ordenada por el Capitán General de la Región Militar, por ello, la remisión de lo actuado a este Ministerio se formula a los efectos de que, con independencia de tales expedientes sancionadores, se comunique la situación a la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado del Ministerio de Justicia, en lo que afecta al ejercicio de las acciones legales, relativas a la Defensa del Patrimonio conforme al art. 8º de la Ley del Patrimonio y art. 15 de su Reglamento.

En conclusión, se estima que sin perjuicio de la tramitación y resolución de los expedientes sancionadores, debe remitirse lo enviado por el Estado Mayor del Ejército a la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Ministerio de Justicia, advirtiendo en el oficio de remisión que ya se están instruyendo los expedientes sancionadores que pueden terminar con acuerdo de demolición (art. 91.1 de competencia del Ministerio de Defensa), pero que se comunica a la citada Dirección General para informe y por si considera que paralelamente pueden y deben ejercer las acciones a que se refiere el art. 15 del Reglamento de la Ley del Patrimonio del Estado”.

“El súbdito marroquí... dirige instancia al Presidente del Consejo de Ministros, solicitando autorización para adquirir, en nombre de sus hijos... de nacionalidad española y menores de edad sobre los que ostenta la patria potestad, una vivienda-chalet edificada sobre un terreno en la plaza de Ceuta, conforme a lo dispuesto en la D.F. 1ª del Reglamento de 10 de febrero de 1979 dictado para aplicación de la Ley 8/75 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que sujeta a autorización del Consejo de Ministros los actos jurídicos a que se refiere los arts. 37 y 46 del citado texto legal, cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente.

De lo actuado se pone de manifiesto que la adquisición ya ha sido instrumentada el 5 de septiembre de 1984, en documento privado, en

cuyas estipulaciones 5ª y 6ª se contiene la condición suspensiva de que se obtenga la autorización del Consejo de Ministros, añadiendo que si no se obtiene la misma y no puede perfeccionarse la compraventa, tendrán las estipulaciones el carácter de arrendamiento por noventa y nueve años, siendo el precio del alquiler el de 6 millones de ptas. que es el mismo que para la compraventa se señala en la estipulación segunda. Los vendedores tienen la nacionalidad española. Si bien la ubicación de la vivienda no afecta directamente a la Defensa, los informes del Capitán General, Comandante General y Masal de EME son desfavorables, porque la nacionalización de los menores parece tener el fin exclusivo de adquirir la vivienda, con lo que se incrementaría la propiedad marroquí en la ciudad.

La petición se informa desfavorablemente por esta Asesoría Jurídica General, pudiendo de acuerdo con el art. 47 del citado Reglamento, apreciarse libremente las circunstancias del caso, abarcando el informe desfavorable tanto la autorización para adquirir como la de arrendar, por considerarse que dadas las características con las que se instrumenta el arrendamiento nos encontramos ante un evidente supuesto de fraude a la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6º del Código Civil "los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

En efecto, se considera que el arrendamiento estipulado no es sino una verdadera apariencia de tal, pero que en él subyace una transmisión de dominio disfrazada para eludir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 37 del Reglamento referido. A mayor abundamiento, el citado artículo 37 sujeta a autorización la constitución de derechos reales sobre fincas y la doctrina y jurisprudencia vienen sosteniendo que los arrendamientos tienen la consideración de derechos reales especialmente cuando por ser de duración mayor de 6 años son inscribibles en el Registro de la Propiedad (artículo 2 de la Ley Hipotecaria)"

"El Capitán General de .... da cuenta de que en el Centro Docente Público Mezquita de Melilla se ha construido un aula de 100 m2 por un contratista privado y que, al haberse realizado la obra sin autorización militar y tratarse de un Colegio Oficial del Ministerio de Educación y Ciencia, se consulta a este Ministerio si procede a la paralización de las obras, si éstas no han finalizado y la instrucción de un

expediente sancionador al amparo de los arts. 94 y 98 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, dictado para ejecución de la Ley 8/75 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

Remitido a informe de esta Asesoría Jurídica General se indica que se informe vía telex en los términos en que la citada construcción afecta a la Defensa Nacional, conforme al repetido Reglamento. A lo que se contesta que infringe lo dispuesto en los arts. 60 y 67 del repetido Reglamento. Estos dos artículos se refieren a la Tramitación de Proyectos y Autorizaciones de los particulares y no de las Entidades Oficiales (a las que se refieren los arts. 49 al 59) y se limitan a regular que en las zonas de Interés para la Defensa Nacional las obras o actividades afectadas por las limitaciones establecidas en los Decretos de declaración de las Zonas, deberán contar con las autorizaciones militares; en cuanto al art. 67 se refiere al supuesto aplicable a proyectos de particulares y de Entidades oficiales de ampliación o modificación de obras ya existentes, que también necesitan autorización militar.

El alcance de la ampliación de informe solicitado por esta Asesoría Jurídica General estaba referido a los términos en que la obra afectaba a la Defensa Nacional, es decir, se pretendía que se pusieran de manifiesto los problemas que la construcción originaba a las instalaciones militares en la Zona, ya que se consideraba que la paralización de las obras, debería ordenarse cuando no sólo se hubiera incumplido la petición de autorización militar (hecho que resulta evidente) sino también cuando además de no contar con la autorización se hubieran perturbado de forma grave los intereses de la Defensa Nacional, en cuanto a que imposibilite y merme el normal funcionamiento de las instalaciones militares, etc.

No se ha conseguido en la contestación obtener este dato que se estimaba conveniente para asesorar sobre la procedencia o no de la paralización.

Por ello se estima que para aplicar lo dispuesto en el art. 7.1.4 del Reglamento de requerir al Ministerio de Educación y Ciencia de paralización de las obras, adoptando la resolución por el Consejo de Ministros si no se aceptase la propuesta de paralización por dicho Ministerio, no basta con que no se haya pedido la autorización militar (que aún cuando es una infracción, puede subsanarse a posteriori) sino que habrá que justificar la propuesta de paralización en el detalle y entidad en que la obra afecta a la Defensa, para poder valorar cuál de los intereses en juego es prevalente”.

## VI. CONCLUSIONES GENERALES

1. Las limitaciones o servidumbres que suponen las Zonas de acceso restringido a la Propiedad de Extranjeros, según la Ley 8/75 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional tiene su fundamento legal en los arts. 33 y 128 de la Constitución, y su expresión legal en el art. 19 de la Ley Orgánica 6/80 de 1 de julio sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar.
2. Aunque el objeto de nuestra tesis es la institución “Zonas de Acceso restringido a la propiedad de Extranjeros, existe una evidente interdependencia normativa con las otras dos instituciones de “Zonas de Interés para la Defensa Nacional” y “Zonas de Seguridad de las Instalaciones Militares y de las Civiles de Interés Militar” como consecuencia de su regulación conjunta, con normativa común, en la Ley 8/75 y Reglamento de 10 de febrero de 1978.
3. Es deseable y conveniente un reforma de la Ley y del Reglamento por vía de:
  - desarrollo interno de su normativa recogiendo criterios interpretativos de la doctrina y de la jurisprudencia.
  - acomodación a principios constitucionales en materia de fiscalización por la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de los actos administrativos generados por las Autoridades militares.
  - acomodación a los Cuerpos legales nacionales de Urbanismo, Inversiones Extranjeras en España y Derecho Registral con énfasis especial en: las materias de transferencias a las Comunidades Autónomas de competencias, en pugna con la competencia exclusiva del Estado sobre Defensa Nacional; y el principio registral de la inscripción constitutiva.
  - perfeccionamiento de su tramitación administrativa y procedimiento, con introducción de las técnicas informáticas en el Censo de Propiedades extranjeras.
  - como consecuencia de la incorporación de España en la CEE y consiguiente adaptación del Derecho Español al Derecho Comunitario.
4. Estos mismos criterios de adaptación y reforma deben servir de base para el Régimen especial para los Territorios Españoles del Norte de Africa, aplicando en las Zonas “sensibles” del Territorio Nacional, por exigencia de la Seguridad y Defensa Nacionales, que deben ser muy restringidas, la prohibición de acceso a nacionales y extranjeros.

## **VII APENDICE**

**RELACION DE MUNICIPIOS QUE SON ZONAS DE ACCESO  
RESTRINGIDA A LA PROPIEDAD EXTRANJERA**

ANEXO II  
PRIMERA REGION MILITAR  
Provincia de Cáceres  
*Registros*

Alcántara  
Cáceres  
Coria  
Hervás

Hoyos  
Plasencia  
Valencia de Alcántara

MUNICIPIO DE CADA DISTRITO  
HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE  
CACERES

Alcántara

Alcántara  
Brozas  
Ceclavín  
Estorninos

Mata de Alcántara  
Piedras Albas  
Villa del Rey  
Zarza la Mayor

Cáceres

Acehuche  
Aldea del Cano  
Aliseda  
Arroyo de la Luz  
Cáceres

Casar de Cáceres  
Garrovillas  
Malpartida de Cáceres  
Navas del Madroño  
Portezuelo

Coria

Cachorrilla  
Caizadilla  
Casas de Don Gómez  
Casillas de Coria  
Coria  
Guijo de Coria  
Guijo de Galistco  
Huélagá

Moraleja  
Morcillo  
Pescueza  
Portaje  
Pozuelo de Zarzón  
Torrejuncillo  
Villa del Campo  
Villanueva de la Sierra

Hervás

Accituna  
Abigal  
Cabezo o Ladrillar  
Caminomorisco  
Casar de Palomero  
Casares  
Cerezo  
Guijo de Granadilla

La Pesga  
Marchagaz  
Mohedas de Granadilla  
Nuñomoral  
Palomero  
Pinofranqueado  
Santa Cruz de Paniagua  
Santibáñez el Bajo

Hoyos

Acebo  
Cadaiso de Gata  
Cilleros.  
Descargamaría  
Elja  
Gata

Robedillo de Gata  
San Martín de Trevejo  
Santibáñez el Alto  
Torre de Don Miguel  
Torrecilla de los Angeles  
Valverde de Fresno

Hernán Pérez  
Hoyos  
Perales del Puerto

Villamiel  
Villasbuenas de Gata

**Plasencia**

Galístico

Montehermoso

**Valencia de Alcántara**

Carbajo  
Cedillo  
Herrera de Alcántara  
Herreruela

Membrito  
Salorino  
Santiago de Alcántara  
Valencia de Alcántara

**SEGUNDA REGION MILITAR**

**Provincia de Badajoz**

*Registros*

Almendralejo  
Badajoz  
Fregenal de la Sierra  
Fuente de Cantos

Jerez de los Caballeros  
Mérida  
Olivenza  
Zafra

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ**

**Almendralejo**

Aceuchal  
Almedralejo  
Corte de Peleas  
Entrin Bajo  
Nogales.

Santa María  
Solana de los Barros  
Villafranca de los Barros  
Villalba de los Barros

**Badajoz**

Alburquerque  
Badajoz  
La Albuera  
La Codosera  
La Roca de la Sierra

Puebla de Obando  
San Vicente de Alcántara  
Talavera la Real  
Villar del Rey

**Fregenal de la Sierra**

Bodonal de la Sierra  
Fregenal de la Sierra  
Fuentes de León

Higuera la Real  
Valverde de Burguillos

**Fuentes de Cantos**

Atalaya

Valencia del Ventoso

**Jerez de los Caballeros**

Barcarrota  
Jerez de los Caballeros  
Oliva de la Frontera  
Salvaleón  
Salvaterra de los Barros

Valencia del Mombuey  
Valle de Matamoros  
Valle de Santa Ana  
Zahinos.

**Mérida**

Aljucén  
Arroyo de San Serván  
Calamonte  
Carmonita  
Cordobilla de Lácara  
Esparragaléjo  
La Gartovilla

La Nava de Santiago  
Lobón  
Mérida  
Montijo  
Torremayor  
Torremegía

<b>Olivenza</b>		<b>Cádiz</b>
Alconchel	Táliga	
Almendral	Torre de Miguel Sesmero	
Chelos	Valverde de Leganés	<b>Ceuta</b>
Higuera de Vargas	Villanueva del Fresno	
Olivenza		<b>Chiclana de la Frontera</b>
	<b>Zafra</b>	
Burguillos del Cerro	La Parra	Barbate de Franco
Feria	Los Santos de Maimona	Chiclana de la Frontera
Fuente del Maestre	Medina de las Torres	Conil de la Frontera
La Alconera	Puebla de Sancho Pérez	<b>Jerez de la Frontera</b>
La Lapa	Zafra	
La Morena		<b>Puerto de Santa María</b>
	<b>Provincia de Cádiz</b>	
	<i>Registros</i>	
Algeciras	Puerto de Santa María	Puerto de Santa María
Cádiz	San Fernando de Cádiz	Puerto Real
Ceuta	San lúcar de Barrameda	
Chiclana	San Roque	<b>San Fernando</b>
Jerez de la Frontera		
	<b>MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO</b>	
	<b>DE LA PROVINCIA DE CADIZ</b>	
	<b>Algeciras</b>	
Algeciras	Tarifa	
Los Barrios		
		<b>Cádiz</b>
		<b>Ceuta</b>
		<b>Chiclana de la Frontera</b>
		Chiclana de la Frontera
		Vejer de la Frontera
		<b>Jerez de la Frontera</b>
		<b>Puerto de Santa María</b>
		Rota
		<b>San Fernando</b>
		<b>Sanlúcar de Barrameda</b>
		Sanlúcar de Barrameda
		<b>San Roque</b>
		La Línea de la Concepción
		San Roque



Aracena	Provincia de Huelva <i>Registros</i>	Calañas	Santa Bárbara de Casa Villanueva de las Cruces.
Ayamonte	Huelva Valverde del Camino	El Cerro de Andévalo	
MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE HUELVA	Aracena	TERCERA REGION MILITAR	
Almonaster la Real	Cumbres de San Bartolomé	Provincia de Alicante	
Aroche	Encinasola	<i>Registros</i>	
Cortegana	Jabugo	Dolores	
Cumbres de Enmedio	La Nava	Guardamar del Segura	
Cumbres Mayores	Rosal de la Frontera	Orihuela	
Ayamonte	Ayamonte	San Miguel de Salinas	
Ayamonte	Sanlúcar de Guadiana	Provincia de Murcia	
El Almendro	San Silvestre de Guzmán	<i>Registros</i>	
El Granado	Villablanca	Murcia número 2	
Isla Cristina y la Redondela	Villanueva de los Castillejos	Totana	
Lepe	Huelva	MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE MURCIA	
Aljaraque	Huelva	Cartagena	
Cartaya	Punta Umbría	La Unión	
Gibraleón	San Bartolomé de la Torre	Murcia número 2	
Alosno	Valverde del Camino	Cartagena	
Cabezas Rubias	Paymogo	Fuente Alamo	
	Puebla de Guzmán		

**La Unión**  
**Murcia número 2**  
 San Pedro del Pinatar  
 Torre-Pacheco  
**Totana**  
**CUARTA REGION MILITAR**  
**Provincia de Barcelona**  
*Registros*  
 Vic

**La Unión**  
 Manlleu  
 Masfes de Roda  
 Mosteguíu  
 Orís  
 Roda de Ter  
 Rupit y Pruit  
 Sant Agustí de Lluvanés  
 Sant Pere de Torelló  
 Sant Quirze de Besora

**Vic**  
 Sant Vicéns de Torelló  
 Santa María de Besora  
 Santa María de Corco  
 Sora  
 Tavertet  
 Tavernolas  
 Torelló  
 Villanova de la Sau

**Provincia de Gerona**  
*Registro*  
 Figueras  
 Gerona  
 La Bisbal

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE GERONA**  
*Figueras*  
 Agullanà  
 Albañá  
 Avifonet de Puig Ventós  
 Biure  
 Boadella  
 Borrassa  
 Cabanas  
 Cabanellas  
 Cadaqués  
 Cantallops

**Palau Sabardera**  
**Palau de Santa Eulalia**  
**Pau**  
**Pedret y Marsá**  
**Perejada**  
**Pont de Molíns**  
**Pontós**  
**Port-Bou**  
**Puerto de la Selva**  
**Rabós**

**La Unión**  
 Giscalrany  
 Guardiola de Bergueda  
 L'Espunyola  
 La Nou  
 La Pobla de Lillet  
 Saldes  
 Santa Jaume de Frontaya  
 Vallcebre  
 Vilada

**Berga**  
 Alpens  
 Bagá  
 Berga  
 Borreda  
 Capolat  
 Castell de l'Areny  
 Castell de N'hug  
 Castellar del Riu  
 Ceros  
 Figols

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE BARCELONA**  
**Berga**



Camprodón

Das  
Fontanals de Cerdanya

Ger

Gornbreny

Guils de Cerdanya

Isobol

Las Lloses

Llanas

Llivia

Meranges

Molló

Puigcerdá

Querolbs

Ribas de Fréser

Ripoll

San Juan Abadesas

San Pau de Segurics

Seicases

Tosas

Vaillogona de Ripollés

Vidra

Vitallonga de Ter

**Santa Coloma de Farnés**

Susqueda

La Cellera de Ter

Osor

**Provincia de Lérida**

*Registros*

Seo de Urgel

Solsona

Sort

Tremp

Viella

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE LERIDA**

**Seo de Urgel**

Alas Serch

Arsequell

Bellver de Cerdanya

Cabo

Cava

Col de Nargo

Estumariu

Lies

Monjella Martinet

Monferrer Castellbó

Orgaña

Prats y Sampsor

Prullans

Seo de Urgel

**Figols y Alina**

Basella

Castellar de la Ribera

Gosol

Guixcs

Lladurs

Naves

**Solsona**

Oden

Oliana

Oñus

San Lorenzo de Morunys

Solsona

**Sort**

Llavorsi

Rialp

Soriguera

Sort

Tirvia

Torre de Capdellá

**Tremp**

Sarroca de Bellera

Senterada

Talarn

Tremp

Villaller

**Viella**

Caneján

Les

Viella-Mig Arán

Vilamos

Arrés

Bausen

Bordas (Las)

Bosost

Abellá de la Conca

Barruera

Pobla de Segur

Pont de Suert

Salas de Pallars

**QUINTA REGION MILITAR**

**Provincia de Huesca**

*Registro*

Boltaña

Jaca

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE HUESCA**

**Boltaña**

Ainsa  
Benasque  
Bielsa  
Bisaurri  
Boltaña  
Brotó  
Campo  
Castejón de Sos  
Chía  
Sahún  
San Juan del Plan  
Seira  
Sesue

Fanlo  
Fiscal  
Foradada del Toscar  
Labuerda  
La Fueva  
Laspuña  
Plau  
Puértolas  
Pucyo de Aragvas  
Tella-Sin  
Torla  
Villanova

**Jaca**

Aísa  
ANSO  
Aragues del Puerto  
Berdun  
Biescas  
Borau  
Canfranc  
Castiello de Jaca

Jaca  
Jasa  
Panticosa  
Puentes de Reina de Jaca  
Sabiñanigo  
Sallent de Gallego  
Santa Cilla de Jaca  
Villanúa

Fago  
Hecho  
Hoz de Jaca

Yebra de Basa  
Yésero

**SEXTO REGION MILITAR**

**Provincia de Guipúzcoa**

*Registros*

Azpeitia  
San Sebastián 1  
San Sebastián 2

San Sebastián 3  
Tolosa  
Vergara

**MUNICIPIO DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE GUIPÚZCOA**

**Azpeitia**

Aizarnazábal  
Aya  
Azcoitia  
Azpeitia  
Baizama  
Bidegoyan  
Cegama  
Cerañ  
Cestona

Ezquioga  
Gaviria  
Guetaria  
Mutilloa  
Ormaiztegui  
Regil  
Segura  
Zarauz  
Zumaya

**San Sebastián número 1**

Hernani  
Pasajes

San Sebastián

**San Sebastián número 2**

Aduna  
Orío

Urnieta  
Usurbil

MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE NAVARRA

	<b>Aoiz</b>	
Aburrea Alta		Castillo Nuevo
Aburrea Baja		Egués
Arce		Erro
Aria		Escaroz
Arive		España de Salazar
Burguete		Estribar
Burgui		Gallés
Garayoa		Oroniz
Garde		Oroz-Betelu
Garralda		Romanzado
Güesa		Roncail
Huarta		Roncesvalles
Isaba		Sangusa
Izalzu		Sarnés
Jaurrieta		Urraul Alto
Liedena		Urraul Bajo
Lizoain		Urroz
Longuida		Urzaingui
Lumbier		Uztarroz
Navascués		Valcarlos
Ochagavía		Vidangoz
Orbaiceta		Villanueva de Aezcoa
Orbara		Yesa
		<b>Pamplona número 3</b>
Alsasua		Imoz
Ansoain		Irañeta
Anue		Ituren
Araiz		Iturmendi

**San Sebastián número 3**

Fuenterrabía	Oyarzun
Irún	Rentería
Lezo	
	<b>Tolosa</b>
Albaticueta	Hemialde
Albiztur	Ibarra
Alegria de Oría	Idiazábal
Alquiza	Iruerrieta
Alzo	Iruña
Amezqueta	Isasondo
Andoain	Larraul
Anoeta	Lazcano
Arama	Leaburu-Gaztelu
Asteasu	Legorreta
Ataún	Lizarza
Beasain	Olaberria
Belaunza	Ordizia
Berastegui	Oreja
Berrobi	Tolosa
Cizurquil	Villabona
Elduayen	Zaldivia
Gaínza	
	<b>Vergara</b>
Legazpia	Zumárraga
Villarreal de Urrechua	
	<b>Provincia de Navarra</b>
	<b>Registros</b>
	<b>Pamplona 3</b>
Aoiz	

MUNICIPIO DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE SALAMANCA

**Béjar**

Arroyomuerto  
Casas del Conde  
.....eda  
Cisneros de la Bastida  
El Cabaco  
Garcibuey  
Herguijuela de la Sierra  
La Albrera  
La Bastida

Madroñal

Miranda del Castañar

Mogarráz

Monforte de la Sierra

Nava de Francia

San Martín Castañar

Sequeros

Sotoserrano

Villanueva del Conde

**Ciudad Rodrigo**

Abusejo  
Agallas  
Alameda de Gardón  
Alamedilla  
Alba de Yeltes  
Albergueria de Argañán  
Aldea del Obispo (agregado:  
Castillejo de dos Casas)  
Aldehuéla de Yeltes  
Atalaya  
Boada  
Bodón  
Bouza  
Cabrillas  
Campillo de Azaba  
Casillas de Flores

Fuenteguinaldo

Fuentes de Oñoro

Gallegos de Argañán

Herguijuela de Ciudad

Rodrigo

Iuero de Azaba

La Encina

La Fuente de San Esteban

(Agregados: Boadilla,

Muñoz, Santa Olalla de

Yeltes)

Maíllo

Mariago

Martín de Yeltes

Morasverdes

Navasfrías

Iza  
Juslapeña

Labayen

Lacunza

Lanz

Larraun

Leiza

Lesaca

Odieta

Oiz

Olabar

Saldias

Santesteban

Sumbilla

Uzama

Urdax

Urdiaín

Urroz de Santesteban

Vera de Bidasoa

Villarva

Yanci

Zubietza

Zugarramurdi

SEPTIMA REGION MILITAR

Provincia de Salamanca

**Registros**

Salamanca

Vitigudino

Aranaz

Araño

Araquil

Arbizu

Areso

Arruazu

Atez

Bacaicoa

Basaburua

Beztán

Betizarana

.....lu

Burlada

Donamaria-Gaztelu

Echarri

Echarri-Aranaz

Elgorriaga

Erasun

Ergoyena

Ezcabarte

Ezcurra

Goizueta

Huarte-Araquil

Béjar

Ciudad Rodrigo

Ledesma

Salamanca	
Aldhuela de la Sierra	Tamames
Vitigudino	
Ahigal de los Acciucros	Masueco de la Ribera
Aldcadávila de la Ribera	Miezo
Bañobárez	Moronta
Barceo	Olmedo de Camaces
Barruecopardo	Peralejos de Abajo
Bermellar	Peralejos de Arriba
Bogajo	Pereña
Cabeza del Caballo	Pozos de Hinojo
Cerezal de Peñahorcada	Saldana
Cerralbo	Sanchon de la Ribera
Coporano	San Felices de los Gallegos
Cipérez (Agregado: Grandes)	Saucelle
El Cubo de Don Sancho	Sobradillo
El Milano	Valderodrigo
Encinasola de los	Valsalabroso
Comendadores	Vilvestre
Fuenteliante	Villares de Yeltes
Guadramiro	Villamuerto
Hinojosa de Duero	Villasbuenas
La Fregeneda	Villavieja de Yeltes
La Peña	Vitigudino
La Redonda	Yeltes
La Vidola	Zarza de Pumareda
Lumbrales	

---

Ledesma	
Sando	Pastores
Santa María de Sando	Payo
Sardón de los Frailes	Peñaparda
Tabera de Abajo	Puebla de Azaba (Agregado: Castillejo de Azaba)
Trabanca	Sexmiro
Tremendal de Tormes	Tenebrón
Villar de Peralonso	Villar de Argañán. (Agregado: Barquilla)
Villarino de los Aires	Villar de Ciervo
(Agregado: Cabeza de Fra-monianos)	Villar de la Yegua
Villasdardo	Villasrubias
Villaseco de los Gamitos	Zamarra
Villaseco de los Reyes	
(Agregado: Campo de Ledesma)	



**Provincia de Zamora**  
*Registros*

Alcañices  
Benavente  
Bermillo de Sayago  
Puebla de Sanabria  
Villalpando  
Zamora

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE ZAMORA**

**Alcañices**

Alcañices  
Boya  
Cabajales de Alba  
Ceadea  
Cerezal de Aliste  
Faramontanos de Tábara  
Ferrerías de Arriba  
Ferreruela de Tábara  
Figueroela de Abajo  
Figueroela de Arriba  
Fonfría  
Gallegos del Río  
Losacino  
Losacio  
Mahide  
Manzanal del Barco  
Moreuela de Tábara  
Olimillos de Castro  
Perilla de Castro  
Pino del Oro  
Pozuelo de Tabara  
Rabanales  
Rabano de Aliste  
Ricobayo  
Riofrío de Aliste  
Samir de los Caños  
San Vicente de la Cabeza  
San Vitero  
Santa Eufemia de Barco  
Tábara  
Trabazos  
Vegalatrave  
Videmala  
Viñalcampo  
Viñas de Aliste

**Benavente**

Alcubilla de Nogales  
Arco de la Polvorosa  
Breto de la Ribera  
Bretocino de Valverde

Arrabalde  
Ayoo de Vidriales  
Barcial del Barco  
Benavente  
Bercianos de Vidriales  
Colinas de Trasmonte  
Cubo de Benavente  
Cunquilla de Vidriales  
Friera de Valverde  
Fuente-Encalada de Vidriales  
Granucillo de Vidriales  
Manganeses de la Polvorosa  
Mclgar de Tera  
Micerces de Tera  
Milles de la Polvorosa  
Morales de Rey  
Morales de Valverde  
Navianos de Valverde  
Otero de Bodas  
Pozuelo de Vidriales  
Puebluca de Valverde  
Quintanilla de Urz  
Quiruelas de Vidriales  
Rosinos de Vidriales  
San Pedro de Ceque

**Bermillo de Sayago**

Alfaraz  
Almeida  
Arganin  
Moraleja  
Moralina  
Muga

Brime de Sog  
Brime de Urz  
Burganes de Valverde  
Calzanilla de Tera  
Camarzana de Tera  
San Pedro de Zamudía  
San Pedro de la Viña  
Sta. Colomba de las Monjas  
Sta. Cristina de la Polvorosa  
Sta. Croya de Tera  
Sta. María de Valverde  
Sta. María de la Vega  
Santibáñez de Tera  
Santibáñez de Vidriales.  
Santovenia del Esla  
Sirrama de Tera  
Uña de Quintana  
Vega de Tera  
Villaferrueña  
Villageriz de Vidriales  
Villanazar  
Villanueva de Azoaque  
Villanueva de las Peras  
Villaveza de Agua  
Villaveza de Valverde

Bermillo de Sayago  
 Carbellino  
 Fariza  
 Fornosille  
 Formillos  
 Fresno  
 Gamones  
 Luelmo  
 Moral  
 Piedad de Sanabria  
 Asturianos  
 Cernadilla  
 Cobreros  
 Espadañedo  
 Galende  
 Hermisende  
 Justel  
 Lubán  
 Manzanal de Arriba  
 Manzanal de los Infantes  
 Molezuelas de la Carballeda  
 Mombuey  
 Muelas de los Caballeros  
 Palacios de Sanabria  
 Villalpando  
 Granja de Moreruela  
 Almaraz del duero  
 Andavías  
 Peñausende  
 Pereruela  
 Rocelos  
 Salce  
 Torregamones  
 Villar del Buey  
 Villardiegua de la Ribera  
 Villadepera  
 Puebla de Sanabria  
 Pedralba de la Pradería  
 Peque  
 Pías  
 Porto  
 Puebla de Sanabria  
 Requejo  
 Riomegro del Puente  
 Robleda-Cervantes  
 Rosinos de la Requejada  
 San Justo  
 Terroso  
 Trefacio  
 Villardecervos  
 Maganeses de la Lampreana  
 Zamora  
 Piedrahíta de Castro  
 San Cebrián de Castro

Cubillos  
 La Hiniesta y Roales del Pan  
 Montamarta  
 Muelas de Pan  
 Palacios de Pan  
 San Pedro de la Nave  
 Valcabado  
 Villaseco  
 Zamora

**OCTAVA REGION MILITAR**  
**Provincia de la Coruña**  
**Registros**

Arzúa  
 Betanzos  
 Carballo  
 Corcubión  
 Ferrol  
 La Coruña 1  
 La Coruña 3  
 Muros  
 Negreira  
 Noya  
 Ordenes  
 Padrón  
 Puente deume  
 Santa Marta de Ortigueira  
 Santiago de Compostela

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO**  
**DE LA PROVINCIA DE LA CORUÑA**

**Arzúa**

Arzúa  
 Boimorto  
 Melid  
 O Pino  
 Sobrado dos Monxes  
 Toques  
 Vilasantar

**Betanzos**

Abegondo  
 Aranga  
 Begondo  
 Betanzos  
 Cesturas  
 Colros  
 Curtis  
 Irijoa  
 Oza de los Ríos  
 Pademe  
 Sada

<b>Carballo</b>	<b>Noya</b>
Larancha	Puebla del Caramiñal
Malpica	Puerto del Son
Puenteceso	Santa Eugenia de Riveira
<b>Corcubión</b>	<b>Ordenes</b>
Finisterre	Oroso
Mugla	Tordoya
Vimianzo	Trazo
Zas	Valle de Dubra
<b>Ferrol</b>	<b>Padrón</b>
Moeche	Roís
San Saturnino	Teo
Somozas	<b>Puentedeume</b>
Valdoviño	Montero
<b>La Coruña número 1</b>	Mugardos
<b>La Coruña número 3</b>	Puentedeume
Culleredo	Villarmayor
Oleiros	<b>Santa Marta de Ortigueira</b>
<b>Muros</b>	Mafón
Muros	Ortigueira
Outes	<b>Santiago de Compostela</b>
<b>Negreira</b>	Santiago de Compostela
Negreiras	
Santa Comba	
<b>Cabaña</b>	<b>Boiro</b>
<b>Carballo</b>	Lousame
<b>Coristanco</b>	Noya
Lage	
<b>Camarifias</b>	<b>Cerdeira</b>
Cec	Frades
<b>Corcubión</b>	Mestas
<b>Lumbria</b>	Ordenes
<b>As Pontes</b>	<b>Dobro</b>
<b>Ferrol</b>	Padrón
<b>Narón</b>	Rianjo
<b>Neda</b>	
<b>La Coruña</b>	<b>Ares</b>
<b>Arteijo</b>	Cabañas
<b>Cambre</b>	Capela
<b>Carral</b>	Fene
	Miño
<b>Carnota</b>	<b>Cedeira</b>
<b>Mazaricos</b>	Cerdido
<b>Ames</b>	
<b>Brion</b>	
<b>La Baña</b>	

**Provincia de Lugo**  
*Registros*

Chantada  
Fonsagrada  
Lugo  
Mondoñedo

Ribadeo  
Villalba  
Vivero

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE LUGO**

**Chantada**

Palas de Rey

**Fonsagrada**

Cadavo-Baleira  
Fonsagrada

Meira  
Ribera de Piquín

**Lugo**

Casiro Rey  
Casiroverte (agragado:  
San Cosme de Barreiros)  
Frial

Gunín

Lugo

Otero de Rey

Pol.

**Mondoñedo**

Abadín  
Alfoz  
Foz  
Lorenzana

Mondoñedo  
Pastoriza  
Riotorto  
Valle de Oro

**Ribadeo**

Barreiros  
Puentenuevo-Vallaodrid  
Trabada

Ribadeo

**Villalba**

Rabade  
Villalba  
Xermade

**Vivero**

Orol  
Vicero

**Provincia de Orense**  
*Registros*

Allariz  
Bande  
Barco de Valdeorras  
Carballino  
Celanova  
Ginzo de Limia

Orense  
Pucbla de Trives  
Ribadavia  
Verín  
Viana de Bollo

**MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO  
DE LA PROVINCIA DE ORENSE**

**Allariz**

Allariz  
Baños de Molgas  
Junquera de Ambia  
Junquera de Espadanedo

Maceda  
Pademe  
Taboadela  
Villar de Barrio

**Bande**

Bande  
Enrimo  
Lobera  
Lovios

Muinos  
Padrenda  
Verea

<b>Barco de Valdeorras</b>	
La Vega de Bollo	Leiro Melón Ribadavia
Beatriz	
Boboras	
Carballino	<b>Verín</b>
	Oimbra Rífo Verín Villadevós
Accbedo del Río	
Cartelle	
Celanova	
Cortegada	
Comesende	<b>Viana de Bollo</b>
	Viana Villarino de Conso
Baltar	
Blancos	
Calvos de Randín	
Porquera	
Rairiz de Veiga	
	<b>Provincia de Pontevedra</b>
	<i>Registros</i>
Barbadanes	<b>Puente-Caldelas</b>
Esgos	Redondela
Orense	Tuy Vigo 1 Vigo 2
	<b>MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE PONTEVEDRA</b>
	<b>Caldas de Reyes</b>
Chandreja de Queija	Moraña
Manzaneda	Portas Puentecesures Valga
Arnoya	<b>Cuntis</b>
	Barro Caldas de Reyes Campo Lameiro Catoira Cuntis
<b>Carballino</b>	
Maside	
San Amaro	
<b>Calanova</b>	
La Bola	
La Merca	
Puentedeiva	
Quintela de Leirado	
Ramiranes	
<b>Ginzo de Limia</b>	
Sandianes	
Farreaus	
Trasmiras	
Villar de Santos	
Ginzo de Limia	
<b>Orense</b>	
Pereiro de Aguiar	
San Ciprián das Viñas	
Toen	
<b>Puebla de Trives</b>	
Montederramo	
Puebla de Trives	
<b>Ribadavia</b>	
Centele	



San Antonio	Santa Eulalia del Río	Cabrera (Isla)	Santa Eugenia
	Inca	Deya	Santa María
Alaro	Llubí	Esportias	Sóller
Alcudia	Manacor del Valle	Estallenchs	Valdemosa
Benisalem	María de la Salud		<b>Palma de Mallorca número 2</b>
Buger	Muro	Calviá	
Campanet	Pollensa		<b>CAPITANIA GENERAL DE CANARIAS</b>
Consell	Sa Pobla		<b>Provincia de las Palmas</b>
Costitx	Sancellas		<b>Registros</b>
Escorca	Santa Margarita		Santa María de Guía
Inca	Selva		Telde
Lloret de Vista Alegre	Sincu	Las Palmas número 1	
Lloseta		Puerto Arrecife	
	<b>Mahón</b>	Puerto Rosario	
Alayor	Mercadal		<b>MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO</b>
Ciudadela	San Luis		<b>DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS</b>
Ferrieras	Villa Carlos		<b>Las Palmas número 1</b>
Mahón			
	<b>Manacor</b>	Las Palmas	Santa Brigida
Artá	Porrerras	Aruacas.	Teror
Campos	San Juan	Firgas	Valleseco
Capoopera	San Lorenzo	Vega de San Mateo	
Felanitx	Santaui		<b>Puerto de Arrecife</b>
Manacor	Ses Salines		Tías
Montuiri	Son Servera	Arrecife	Tinajo
Petra	Villafrauca	Haria	Yaiza
		San Bartolomé	
	<b>Palma de Mallorca número 1</b>	Teguisse	
Algaida	Fornalutx		<b>Puerto del Rosario</b>
Andraitx	Lluchmayor		Pájara
Bañalbufar	Marratxi		Puerto del Rosario
Buñola	Puigpuñent		

La Oliva	Tuineje	Garachico	Santiago del Teide
Agacé	<b>Santa María de Guía</b>	Icod de los Vinos	<b>La Orotava</b>
Artenara	Moya	La Orotava	Rcalejos
Gáldar	San Nicolás de Tolentino	Puerto de la Cruz	San Juan de la Rambla
Mogan	Santa María de Guía	<b>San Cristóbal de la Laguna</b>	
	Tejeda	El Rosario	San Cristóbal de la Laguna
	<b>Telde</b>	El Sauzal	Santa Ursula
Agüimes	Santa Lucía	La Matanza de Acentejo	Tacoronte
Ingenio	Telde	La Victoria de Acentejo	Tegueste
San Bartolomé de Tirajana	Valseguillo	<b>San Sebastián de la Gomera</b>	
	<b>Provincia de Tenerife</b>	<b>San Sebastián de la Gomera</b>	
	<i>Registros</i>	Agulo	San Sebastián de la Gomera
Granadilla de Abona	San Sebastián de la Gomera	Alajero	Gomera
Icod de los Vinos	Gomera	Frontera	Valverde
La Orotava	Santa Cruz de Tenerife	Hemigua	Valle Gran Rey
San Cristóbal de la Laguna	Santa Cruz de la Palma		Valtehermoso
	<b>MUNICIPIOS DE CADA DISTRITO HIPOTECARIO DE LA PROVINCIA DE TENERIFE</b>		<b>Santa Cruz de Tenerife</b>
	<b>Granadilla de Abona</b>	Arafo	Güímar
Adeje	Granadilla de Abona	Candelaria	Santa Cruz de Tenerife
Arico	Guía de Isora		<b>Santa Cruz de la Palma</b>
Arona	San Miguel		Mazo
Fasnia	Vilaflor		Puntagorda
	<b>Icod de los Vinos</b>		Puntallana
Buena Vista del Norte	La Guancha		San Andrés y Sauces
El Tanque	Los Silos		Santa Cruz de la Palma
			Tazacorte
			Tijarafe



## LA EXIMIENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

Gonzalo MUÑIZ VEGA  
Coronel Auditor

### 1. *La obediencia militar.*

MUÑIZ TERRONES iniciaba el estudio de la obediencia militar con esta exclamación: “¡Obediencia militar!. ¿Cual es el *sprit fort* que no tiembla en presencia de cuestión tan pavorosa?” (1)... Y es que, como explica RODRÍGUEZ DEVESA, el tema de la obediencia se ofrece en el Derecho Militar con una aureola mágica y mítica que hace sumamente delicado su tratamiento. (2)

ALMIRANTE definía la obediencia como “la sujeción y subordinación a la voluntad del superior, ejecutando sus preceptos.” (3)

La obediencia militar será, pues, aquel vínculo nacido de una relación jerárquica castrense, en virtud del cual, el inferior asume el cumplimiento de las órdenes — éste es, de las prescripciones imperativas impartidas por el superior —, y procede a su ejecución.

La obediencia es una técnica previa y externa al Derecho Penal que se da en la realidad social y que impone un determinado comportamiento al llamado a obedecer y ello en la medida que es condicionante del funcionamiento de los grupos o instituciones sociales jerarquizadas (4). Los Ejércitos son, dentro de la organización estatal, las instituciones más jerarquizadas y, por tanto, hay que analizar la vertiente jurídica de la obediencia. Al represen-

(1) JOSÉ MUÑIZ TERRONES: *Concepto del Mando y deber de la Obediencia (Cartas a Alfonso XIII)*, Tomo I, Madrid, 1893, p. 328.

(2) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, voz *Insubordinación*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XIII, Barcelona 1968, p. 156.

(3) Citado por MUNIZ TERRONES: *Op-cit.*, p. 329.

(4) JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ: *La Obediencia debida en el Código Penal, Análisis de una causa de justificación (Artículo 8, 12 C.P.)* Barcelona 1986, p. 26.

tar un mecanismo legal de actuación militar se ampara por el Derecho Penal Militar, ya que la obediencia es impuesta o exigida por la disciplina, que garantiza la cohesión de las Fuerzas Armadas; requisito, a su vez, del funcionamiento y eficacia de las mismas. De ahí que el Derecho Penal Militar, al proteger la obediencia, salvaguarda la disciplina que es el bien jurídico tutelado y aquella no representa un fin en si misma, sino que su valor es referencial, requiere un fin para ser comprendido como valor, que, en último extremo, no es otro que la garantía del potencial bélico del Estado a través de la cohesión que la disciplina da a los Ejércitos.

La obediencia, pues, derivada del vínculo de subordinación, que impone la disciplina básicamente establecida en los Ejércitos, es su esencia y la fuerza que proporciona a los mismos cohesión y eficacia, permitiéndoles cumplir las misiones asignadas dentro del Estado. Pero no es menos verdad, que en los tiempos actuales no cabe ya defender el imperio de una obediencia ciega e incondicional ni una sumisión personal indiscutible y absoluta. Es precisamente el rigor, con que ha de exigirse la obediencia dentro de los Ejércitos, el que impone en los mismos, mas que en otra parte del Ejecutivo, deslindar los límites cuya transgresión provoca el cese en el inferior de la obligación de obedecer y, dentro de las cuales, éste se mueve en el campo de la impunidad.

## 2. *La obediencia militar en la historia.*

En Roma, regía el principio de obediencia absoluta e incondicional al jefe militar en tiempo de guerra. El que en la guerra - dice MODESTINO - hace una cosa prohibida por su jefe o no observa su mandato, es castigado de muerte, aunque redundase en bien lo que así hiciera. Y el HALICARNASO decía que los caudillos tenían por ley potestad de quitar la vida sin proceso ni sentencia al desobediente (5). Además la historia de Roma brinda bastantes ejemplos en donde el beneficio reportado por la acción desobediente no libró de culpa a su autor (6).

(5) Citas tomadas de FRANCISCO DE OYA: *Tratado de las Leyes Penales de la Milicia Española, Procesos y Consejos de Guerra con notables resoluciones de su Magestad y advertencias para todo Oficial y soldado de Infantería, Caballería y Dragones, Guardias de Infantería; Artillería y Invalidos y para Jueces Ordinarios y Militares*, Madrid 1732, p. 167

(6) Quizás los más famosos fueron los de T. MANLIO TORQUATO, que quitó la vida a sus hijos por haber combatido al enemigo contra sus órdenes y aunque obtuvieron la victoria; y el del Maestro de Caballería Q. FABIO, el cual, para obtener perdón del dictador L. PAPIÑO CUESVA, necesitó las súplicas del Senado, pueblo y tribunos por haber derrotado al enemigo pese a que el dictador, al ausentarse, dejó ordenado que, durante su ausencia, no se acometiera al mismo. Cfr. FRANCISCO DE OYA: *Op. cit.* pp. 167 y s.s.

JIMÉNEZ DE ASÚA Y BETTIOL, sin embargo, han registrado que existían límites a tal realidad, pues esa primacía del interés público en la defensa y conservación de Roma y de su Imperio, que imponía la obediencia militar incondicionada, sólo tenía vigencia en la guerra (7). Durante la paz subsistían las limitaciones a la obediencia que se establecieron para los hijos de familia y para los esclavos, en virtud de las cuales no quedaban exentos de responsabilidad cuando revestía el carácter de *atrocitatem facinoris*, es decir, de determinados delitos contenidos en la *Lex Julia*, en general los públicos, aunque se ampliaría también a algunos privados (8).

EL CONDE DE CLONARD explica que, en la Edad Media, cada alcaide de castillo tenía, para sus ausencias o accidentes, un sustituto, que se denominaba "mayor", el cual hacía pleito-homenaje, no sólo de conservar el castillo hasta el último extremo sino de entregárselo al señor, cuando en ley y en circunstancias idóneas se lo pidiese, pero nunca, ni bajo concepto alguno, a los enemigos, aún cuando fuera para rescatar la vida del alcaide, ni por orden de éste expedida en estado de cautiverio, ni aún a este mismo gozando de libertad, si, por ello, corriera el castillo peligro de perderse. Si ambos, alcaide y mayor, se confabulaban para entregar la fortaleza, entonces, el principio de la lealtad se hacía superior y prevalecía sobre la obediencia y cuantos se hallaban en el castillo debían, renunciando a la obediencia a sus jefes, resistir sus órdenes, si tenían por objeto cometer una traición. Cuantos cooperasen, con su aquiescencia a la entrega del castillo, se hacían cómplices del hecho y, como a tales, se les imputaba el delito de traición (9).

Esta tesis del ilustre historiador militar tiene su fundamento, a no dudarlo, en la Ley VII, Título XVIII, Partida II, que decía:

"Excusar non puede el alcayde que non vaya algunas vegadas del castillo que tiene a otra parte, por cosas que le acaescan, pero esto non deve fazer; en tiempo que entendiere que el castillo se podría perder. Mas quando desta guisa que dicha es, quiesse de yr, deve, segun fuero de España, dexar a otro en su lugar por Alcayde... E a tal como este, puede dexar en su lugar, e dar las llaves del castillo e fazer que le fagan omenaje, quatos fueren, assí como a el mismo lo avian fecho para guardar el castillo bien e lealmente en todas las cosas fasta que el venga. E deve otrosi mandar a aquel que dexan en su lugar

(7) GIUSEPPE BETTIOL: *L'ordine dell' autorità nel Diritto Penale*, Milán 1934, pp. 17 y s.s. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires 1969, p. 838.

(8) LORENZO MORILLAS CUEVA: *La Obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Madrid 1984, p. 24.

(9) SERAFÍN MARÍA DE SOTTO, CONDE DE CLONARD: *Historia orgánica de las Armas de Infantería y Caballería Española*, Tomo I, Madrid 1851 p. 464.

q si acaessiese q el muriesse por qual manera fuesse preso, que el entregara el castillo al Señor cada que el mandasse, assi el era tenuto de lo fazer; q cumpla todas las otras cosas, en tenecia e en guarda del castillo, asf como las devia el cumplir. E si por aventura acaeciesse q tal Alcayde como este viere preder o ferir al otro q le dexo en su lugar con todo esto non deve dar el castillo a los enemigos; mager el gelo mandasse ni au a el mismo mientras fuesse en poder dellos Ca si lo fiziesse faria a tal traycion como vendedor del castillo de su Señor; e deve aver esa mesma pena E comoquier, que en todo tiepo, deve dar el castillo al Alcayde que le dexo en su lugar, quando gelo pidiese, pero con todo esso: non lo deve fazer en sazón que se pudiesse perder Ca assi como el otro q le dexó en su lugar, era tenuto de dar castillo a su Señor, en essa manera la es el E la lealtad de España, por tan estraña cosa tuvieron de feradamiento de Señor, que non tan solamente defendieron al Alcayde, que toviessse el castillo, que no lo diessse por madado del otro que estoviesse de fuera; mas aun que si ambos fuessen avenidos para darlo, que los otros que fuessen en el castillo non gelo dexassen fazer en ninguno manera. Ca comoquies que los que estoviessen en el castillo sean tenudos de obedecer al Alcayde en todas cosas, en tal como esta, non lo deven fazer pues q por ella caerian en pena de traycion”

Esta Ley de Partidas impone —como dice MUÑIZ TERRONES— la prohibición de obedecer en lo que fuere contrario al objeto legal de la obediencia (10)

Como curiosidad, señalaremos que, en la España musulmana, el granadino ABDER-RAHMAN BEN HOZAIL escribía sobre la obediencia castrense a finales de la Edad Media —siglo XV—. “Encargóme el profeta de Dios que oyese y obedeciese siempre, aunque fuese a un esclavo mutilado” —“Si os manda alguna cosa un esclavo negro, a él oid, obedeced”. “A no ser que os mande la rebelión, en cuyo caso no oiréis ni obedeceréis”. “Al rebelde e inobediente no le será lícita la entrada en el paraiso” (11).

En la Edad Moderna y con la existencia ya de ejércitos permanentes, se inicia la vía hacia la unidad legislativa en materia militar y en consecuencia van dictándose progresivamente las primeras ordenanzas. Se ha dicho que, en el Derecho de las Ordenanzas, regía el principio de obediencia ciega, previendo aquellas gravísimas penas para la inobediencia y siendo la opinión común que ningún militar podría ser condenado por cumplir una orden superior (12).

(10) MUÑIZ TERRONES: *Op cit.* p. 378

(11) Citado por MUÑIZ TERRONES: *Op. cit.* p. 375

(12) PABLO CASADO BURBANO: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid 1982, pp. 18,36 y 37, MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* p. 191

No obstante, de tal afirmación no puede predicarse que sea exacta y requiere ciertas precisiones. En primer término, hay que destacar que se exigía que la obediencia se desarrollará dentro del servicio (13) Ya SANCHO DE LONDOÑO, al referirse a “la obediencia y respecto a los superiores”, decía: “Que cualquier oficial inferior obedezca y respete al superior *en todas cosas tocantes a la orden y servicio de su Majestad*, aunque no fueren sus propios Maestros de Campo, Capitanes, Alféreces o Sargentos” (14). Y ésta fue una constante en las ordenanzas posteriores. Así las Ordenanzas de Felipe V de 18 de diciembre de 1701 mandan que cualquier soldado “obedezca a todos los Oficiales, Mariscales de Logis o Sargentos de su Regimiento y de todos los demás de el Ejército; y al Brigadier o Caporal de su Compañía, *siempre que le mandase cosa tocante al Real Servicio*” (15)

Y la Ordenanza llamada, “Segunda de Flandes”, de Felipe V, de 10 de abril de 1702, dispone que “todo Coronel y después de ellos los Tenientes Coroneles, tanto en ausencia como en presencia, puedan mandar a todos los Capitanes y Oficiales de sus Cuerpos *cuanto juzgaren conveniente al Real Servicio y restablecimiento de sus Compañías*; Y éstos los obedecerán, sin repugnancia so pena de que, si la tuvieren, podrán los referidos Coroneles y Tenientes Coroneles suspenderlos de sus puestos y arrestarlos; Y la misma autoridad concede Su Magestad a los Capitanes que, por su antigüedad, obtuviesen el mando del Cuerpo en falta de éstos.” (16)

Las Ordenanzas de Fernando VI para la Real Armada de 1748 (17) y las Reales Ordenanzas de Carlos III para el Ejército de 1768 recogen el mismo pensamiento, repitiendo de modo, mas que reiterativo, fatigoso —como

(13) Ello lo reconocen y destacan también así tanto CASADO BURBANO como MORILLAS CUEVA en los lugares citados.

(14) SANCHO DE LONDOÑO: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y mas antiguo estado*, Madrid 1943, p. 75.

(15) Artículos 1 y 3; Título II, Libro II de la Ordenanza de 18 de diciembre de 1701.

(16) Artículos 18, Título V del Libro I de la Ordenanza de 10 de abril de 1702.

(17) El Título IV del Tratado V de la I Parte de las Ordenanzas de Fernando VI para la Real Armada, que trata de los “*Crimenes que deben examinarse en Consejo de Guerra y penas que les corresponden*,” contiene, entre otros, los siguientes artículos:

*Artículo 2.*- “Todo Oficial de Mar de cualquier clase que sea, todo Sargento, Cabo o Soldado de los Batallones de Infantería y Brigadas de Artillería, todo Artillero de Mar, Marinero o Grumete debe obedecer a los Oficiales de Guerra destinados en su Navio, en todo lo que mandaren perteneciente a mi Servicio...”

*Artículo 3.*- “Baxo la misma pena estarán obligados los Sargentos, Cabos y Soldados de Infantería y Artillería, a obedecer en materia del Servicio a cualesquiera Oficiales de Guerra de la Armada y de las Tropas de Tierra”.

*Artículo 4.*- “Los Cabos y soldados, así de Infantería, como de Artillería, obedecerán bajo la misma pena, en Tierra y a Bordo, en asuntos del Servicio, a todo Sargento, así de su Compañía o Cuerpo, como de otro cualquiera de la Armada o Ejército y los Soldados a los Cabos de Escuadra de su Compañía en todos tiempos: y a los de otros Cuerpos cuando se hallen destinados o de Guardia con ellos”.

comenta RODRÍGUEZ DEVESA— (18.) la misma idea de que no hay un deber de obediencia ilimitado en la milicia, de que la obediencia solo se debe en materias del servicio. (19)

En segundo lugar, la obediencia no resultaba nunca tan ciega e incondicionada que no se admitieran excepciones al deber de acatar puntualmente las órdenes superiores. Así la Ordenanza de Felipe V de 10 de abril de 1702 prescribía: “Que sucediendo alguna disputa sobre el servicio entre Oficiales en parage donde prontamente no pueda esperar la decisión de su Magestad, la aya de dar el que tuviese el mandado de las Tropas con la qual deberán conformarse sin repugnancia: y si sucediese el caso de que entre oficiales de igual carácter se alterque en alguna materia y no hubiere superior que resuelva lo conveniente a ella, lo executará el Oficial que les sigue en el mando, y no asistiendo éstos a lo que determinare, se ordena a todo Soldado, Infante, Cavallo Ligero o Dragón, no reconozcan a tales superiores, y obedezcan al Oficial que hubiere decidido; y si éste considerase útil el arresto de los contumaces, podrá ejecutarlo.” (20)

Y esas mismas “Segundas Ordenanzas de Flandes” contienen un artículo, que luego fue reproducido por la Ordenanza, también de Felipe V, de 12 de julio de 1728 (21) pasando mas tarde a las Ordenanzas de la Real Armada de Fernando VI que dice: “Si con ocasión de disputa entre Oficiales, Comandantes de Vaxeles o de Cuerpos o Destacamentos en tierra, sucediese que alguno de ellos dé motivo, para animar a los que manda, a que obren ofensivamente contra los de otro Vaxel, o Cuerpo, Prohibo a los Oficiales, Soldados y Marineros, que le obedezcan, pena de ser diezmos. Y al Comandante del Vaxel, Cuerpo o Destacamento, le impongo la de la vida, si

(18) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, número 3 (enero-junio 1957) p. 65.

(19) Cfr. el Tratado VIII, Título X de las *Ordenanzas de su Magestad para el régimen, disciplina y subordinación de sus Ejércitos*, de 1768, que trata de la Inobediencia.

(20) Artículos 29, Título V, Libro I de la Ordenanza de 10 de abril de 1702. Asimismo el artículo 97 de esta Ordenanza reitera también el principio de desobediencia y sanción al que no lo cumpla de que tratamos a continuación que—como se dice—pasó al artículo 30, título V, Libro I de las Ordenanzas Navales de Fernando VI.

(21) Artículo 30, Título V, Libro I. Por su parte, las Ordenanzas Militares del Archiduque Carlos del año 1706 establecían una curiosa excepción al deber de obediencia: “Cuando un oficial o soldado no pudiese obedecer a un superior notado de infamia, entonces debe primero representar ésto al superior y, en caso de que éste no hiciera justicia, lícitamente puede rehusar de estar bajo su comando si es superior o a de hacer servicio con el si es igual. Entendiéndose de el solo deshonor que se sigue de la acción infame hecha por el hombre, mandamos expresamente que no pueda servir de disculpa la diferencia de el nacimiento o de el Servicio por poderse lícitamente excusar de la pena de Inobediente, habilitándole nuestra Real Patente o de nuestros oficiales que tendrán potestad de darla, porque solo la acción infame puede desabilitar un Oficial o Soldado” Cfr. *Las Ordenanzas Militares del Archiduque Carlos*, Madrid 1987, p. 49.

con su gente obrare ofensivamente contra otros” (22) Y estas mismas Ordenanzas para la Real Armada, tras penar al piloto o timonel, que, por no haber seguido el rumbo ordenado por el Comandante del buque u oficial de guardia, provoque su pérdida, prescriben que “si mandándole algún oficial variar el rumbo considerarse (el piloto o timonel) pueda resultar su pérdida (del buque) estará obligado a advertírselo y a dar parte al Capitán sin dilación, pena de que no se le admitiría esta disculpa para eximirle del castigo” (23)

Y las Reales Ordenanzas de Carlos III prohíben que se empleen medios afflictivos para apremiar al reo a declarar, castigando con “pena de privación de empleo al Oficial que lo mandase y de igual o mayor castigo al que en ésto obedezca” (24). Autorizan también a quien “mandare para cualquier servicio sea de la graduación o cuerpo que fuere” para formular la queja que tuviese sobre ello “únicamente en el caso de no atrasarse el servicio”, “ante su inmediato superior” (25). Además VALLECILLO —sin duda uno de los mas autorizados comentaristas de las Reales Ordenanzas de Carlos III — considera que no es absoluta la obediencia ciega del militar y sobre la base de las antedichas Reales Ordenanzas (26) llega a la conclusión de que las mismas resuelven *a priori* el límite de aquella obediencia cuando “ponga en pugna el súbdito con el jefe o la obediencia con el mandato por mandarse actos de conocida traición, cobardía o capitulaciones como la de Bailén (27) habiendo elementos, probabilidad o esperanza de preservar las armas de semejante humillación; y para tales casos, si ocurren, que han forzosamente de suscitar dudas, conflictos y embarazos; parece como que advierten a los Oficiales que tomen el partido mas *digno de su espíritu*. También parece como que preven la posibilidad de que, por jefes sediciosos, desleales y ambiciosos, se manda proceder contra la fidelidad y lealtad que deben

(22) Artículo 39, Título V, Tratado V, Parte I, de las Ordenanzas de la Real Armada.

(23) Artículo 32, Título IV, Tratado V, Parte I.

(24) Artículo 50, Título V, Tratado VIII.

(25) Artículo 15, Título XVII, Tratado 5.

(26) Se fundamenta, al desarrollar tal argumentación, en el artículo 9 del Título XVII del Tratado II, de las Reales Ordenanzas de 1768, que decía “Todo Oficial será responsable de la vigilancia de su Tropa en el exacto cumplimiento de las órdenes particulares que hubiese y de las generales que explican la Ordenanza, como de tomar en todas los accidentes y ocurrencias que no le estén prevenidas, el partido correspondiente a su situación caso, y objeto, debiendo, en los lances dudosos, elegir el más digno de su espíritu y honor”.

(27) La capitulación de DUPONT en Bailén fue considerada indigna, pues, durante la tregua donde se discutió, las divisiones de VEDEL y DUFOUR se habían colocado fuera del alcance del ejército español, mas DUPONT, ante la amenaza de CASTAÑOS de hacer un terrible escarmiento en la división de BARBÓN si aquellas no se entregaban, cursó la orden de que volvieran, orden que se cumplió; lo que motivara el comentario de NAPOLEÓN: “Un general que se halla en poder del enemigo no está facultado para expedir órdenes: el que le obedece es un criminal”. Cfr. MUÑIZ TERRONES: *Op. cit.* p. 377.

siempre los militares a su Rey y a su Patria, y para estos casos, si ocurren, que también han de venir envueltos en dudas y conflictos, parece como que igualmente les previene que formen *el partido mas digno de honor*" (28) En el mismo sentido se pronuncia el también comentarista de las Reales Ordenanzas, MUÑIZ TERRONES —el cual se reconoce discípulo de VALLECILLO— y cita el ejemplo de DAOIZ y VELARDE (29).

Tras la sublevación de RIEGO en Cabezas de San Juan y con un evidente propósito de justificar la misma y aunar a los Ejércitos con el sistema constitucional, la Ley Constitutiva del Ejército, aprobada por Decreto de 9 de junio de 1821, dispone en su artículo 7º: "Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando ésta se emplea en los casos siguientes:

- 1º. Para ofender la persona sagrada del Rey
- 2º. Para impedir la libre celebración de elección de Diputados a Cortes.
- 3º. Para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que previenen la Constitución.
- 4º. Para suspender o disolver las Cortes o las Diputaciones permanentes de las mismas."

Y el artículo 8º decía: "Ningun militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior bajo las penas que las leyes prefijasen."

(28) ANTONIO VALLECILLO Y LUJÁN: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares*, Tomo I, Madrid 1864, p. 161.

(29) MUÑIZ TERRONES dice al respecto: "las estatuas que se levantan a la memoria de DAOIZ, de VELARDE, de RUIZ y demás héroes de la Independencia española publican con sus lenguas de bronce y de piedra que ellos merecieron bien de la patria, que cumplieron con su deber, y sin embargo, su *heroísmo* tuvo por principio la *desobediencia*."

Las órdenes superiores dadas por escrito de antemano, les prohibían todo acto, toda manifestación hostil a los franceses: *su obligación era estar encerrados en los cuarteles*, mudos testigos de aquello (...) Todos los artículos de las Ordenanzas que señalan deberes, obediencias y respetos, establecían los fuertes lazos de la subordinación entre ellos y sus superiores jerárquicos. Pero éstos, débiles o cobardes, eran *traidores* a la patria y había lugar donde romper esos lazos.

Sin embargo antes ¡cuantas angustias, cuantas sombras en los cerebros de aquellos oficiales! De un lado la orden escueta, no razonada, previniendo la permanencia de las tropas en los cuarteles dictada por quien la podía dictar; y todas las penas, todos los rigores de la Ordenanza para quienes desobedecieran; al lado opuesto la patria; herido el seno por el plomo francés; los hijos del pueblo batiéndose en las calles; todos los orgullos, todos los sentimientos de independencia hollados...! Ah! si; caso dudoso era ése ¡bien dudoso, pero sólo en un principio! que allí estaba el precepto, el mandato imperativo de la propia Ordenanza gritándoles: "Habeis de elegir frozosamente *el partido mas propio de vuestro espíritu y honor*" Cfr: *Op. cit.* p. 373.

No hay duda de que el ejemplo de DAOIZ, VELARDE, RUIZ y demás héroes de la Independencia y su inmediata y unánime glorificación nacional representa el mentís mas rotundo y palpable a la tesis de la vigencia de la obediencia ciega y absoluta bajo el Derecho de las Ordenanzas.



Tales preceptos insólitos con el contexto militar europeo de la época y que perseguían ante todo vincular las Fuerzas Armadas con el sistema constitucional (30) dieron lugar a opiniones contrapuestas. No faltaron quienes, desde el partido constitucional, los elogiaron (31) ni quienes, dentro del marco castrense, los consideraron nocivos para la milicia, al abrir— como explicaría el Marqués de Miraflores— la puerta a la “indisciplina, so color de conservar al soldado garantías de ciudadano”. (32)

Esta ley tuvo escaso tiempo de vigencia, ya que, al asumir Fernando VII el poder absoluto, derogó toda legislación del Trienio. (33)

Tras la “Gloriosa”, la Constitución de 1869 estampó, en su artículo 30, el principio de que “el mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional” Y, aunque dicho artículo parecía referirse a los funcionarios públicos en general, comentaristas autorizados de la legislación castrense lo consideraron aplicable a los militares (34).

El Código Penal del Ejército de 1884, en su artículo 7º, nº 12, recogió, como causa de exención de responsabilidad: “El que obra en virtud de obediencia debida”. Pero el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, aunque en su artículo 10, nº 12, estampó igual fórmula, añadía el párrafo siguiente: “Esta circunstancia la tomarán o no en cuenta los Tribunales según los accidentes de cada caso y teniendo presente, si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella.”

El Código de Justicia Militar de 1890, en cambio, se remitía, en su artículo 172, a las eximentes del Código Penal, pero dejando en libertad a los

(30) Por eso, decir —como hacia la Memoria del Anteproyecto del Código Penal Militar de 1982— que dicha Ley avanzaba en el caminar de las tesis “de las bayonetas ciegas a las bayonetas inteligentes” no representa más que pura retórica, dado que la tesis de las “bayonetas ciegas” había quedado más que desmentida a través de la Guerra de la Independencia y el objetivo perseguido por esa ley era más que evidente. Recuérdese que ya la Constitución de 1812 había querido imponer el siguiente juramento real: “juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la Religión Católica, Apostólica y Romana sin permitir alguna otra en el Reino; que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía Española... y si bien lo que he jurado o parte de ello lo contrario hiciera, *no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere sea nulo y de ningún valor...*” (artículo 173) Y que un decreto de las Cortes de Cádiz de 2 de febrero de 1814 disponía que “no se reconociera por libre al Rey y, por tanto, no se le prestara obediencia hasta que en seno de Congreso nacional preste el juramento prescrito en el artículo 173 de la Constitución”. Afortunadamente se prescindiría de dicha Memoria, lo que suponemos que obedeció, en gran parte, al deleznable castellano utilizado.

(31) CASADO BURBANO: *Op. cit.* p. p. 98 y s. s.

(32) MARQUÉS DE MIRAFLORES: *Apuntes históricos-críticos para escribir la Historia de la Revolución de España, desde el año 1820 hasta 1823*. Londres 1834, p. 97.

(33) Fernando VII derogó toda la legislación del Trienio por Decreto de 1 de octubre de 1823

(34) MUÑIZ TERRONES *Op. cit.* p. 374 y s. s.

tribunales militares para apreciarlas o no, sin que pudieran “declarar la exención de responsabilidad por ninguna otra causa que no se halle consignada en dicho Código.”

El Código de Justicia Militar de 1945, en su artículo 185, nº 12, restablece la fórmula del Código Penal de la Marina de Guerra y declara exento de responsabilidad criminal: “ El que obra en virtud de obediencia debida. Esta eximente la tendrán o no en cuenta los tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella”.

Como observaba RODRÍGUEZ DEVESA, la amplitud del arbitrio judicial para dejar de imponer pena según las circunstancias y la concurrencia o no de la malicia por parte del inferior, en definitiva una especie de perdón judicial, no tenía resonancia en cuanto a la obligatoriedad de la orden, que necesariamente había que cumplir. (35).

Con motivo de los horrores de la II Guerra Mundial, se replantearía, tanto en el ámbito de Derecho interno como internacional, la problemática de la eximente de obediencia jerárquica, llegándose por algún autor como HAF-TER a considerar tal eximente en el Derecho interno como inmoral y políticamente indeseable —“unmoralisch und politisch unerwünscht”—.

Los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio-artículos 8 y 6 respectivamente—establecieron el principio de que “el hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de pena si el Tribunal lo estima justo”. Como expone QUINTANO RIPOLLES, en realidad trataba de conseguir un fin práctico que, de prosperar el principio tradicional de la causa justificada de obediencia, daría al traste con los mejores propósitos judiciales, como ocurrió en ocasión de la primera postguerra con los juicios del Alto Tribunal de Leipzig. Entonces y siempre que se deje abierta la válvula legal o jerárquica, la responsabilidad quedará diluida por el encadenamiento de órdenes y jerarquías hasta llegar a la suprema del Jefe del Estado, protegido también tradicionalmente por la excusa de su inviolabilidad (36). De aquellos estatutos, la disposición mantenedora de la responsabilidad en casos de obediencia ha pasado a numerosos ordenamientos nacionales de trascendencia para la criminalidad

(35) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985. Revista de Derecho Público*, nº 103 (abril-junio 1986) p.276.

36) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo II, Madrid 1957 p. 180.

internacional (37).

La crisis de esta exigencia tras la II Guerra Mundial ha llevado, pues, a rechazar en el ámbito castrense la obediencia del *perinde ad cadaver* que puede resultar muy útil a los efectos de disciplina, pero pugnará con criterios evidentes de justicia al facilitar la impunidad de actos notoriamente reprobables por su inhumanidad y carácter inicuo. Mas ello no presupone la aceptación, sin más, de la tesis de las “bayonetas razonables”, en que se permite a cada soldado discutir y oponerse a los preceptos de la superioridad (38).

En España, estas nuevas corrientes no se plasman legislativamente hasta la promulgación de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas por Ley 85/1978, de 26 de diciembre. (39)

El artículo 34 dispone: “Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”

Y en la misma línea el artículo 84 proclama: “Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su

(37) Para no hacer excesivamente largo este trabajo, he prescindido de incluir el Derecho Comparado que puede consultarse en: RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*; ENRIQUE PORRES, JUAN-SENABRE: *Consideración general de la Obediencia debida como exigencia*, también en la *Revista Española de Derecho Militar*, número 12 (julio-diciembre 1961) y, si se quiere, más actualizado, en LORENZO MORILLAS CUEVA: *Op. cit.*

(38) La expresión fue, por primera vez, usada en España por QUINTANO RIPOLLÉS: *Op. cit.* p. 182.

(39) Téngase en cuenta que, en España, dominaba al respecto la idea que MUÑIZ TERRONES expone al escribir: “de una vez; la obediencia no obliga al militar cuando el mandato se encamina contra las leyes; sin que, por decir ésto, es mi concepto al menos, corran peligro los principios de *subordinación y disciplina*, sino que a favor de ese sentido común, que otros invocan, cada uno cuidaría de no extremar el derecho de negativa, empleando solamente en los lances no dudosos, en que sea evidente la infracción por parte del que manda.

Lo menos que un militar debe hacer antes de prestarse a aquello que se oponga a su deber o repugne a su conciencia es *envainar su espada* o presentar la dimisión de su cargo si su posición se lo permite. Así lo hicieron el General BORSO y el Coronel PEZUELA, hoy CONDE DE CHESTE, cuando VAN HALEN, General en Jefe del Ejército del Centro, se empeñó en fusilar a 28 Oficiales y 11 individuos de tropa, a quienes estos Jefes habían hecho prisioneros bajo promesa de vida. ¿A donde iríamos a parar, si hasta la personal dignidad estuviera supeditada a la voluntad, al exceso, al capricho del que manda más? Ni aún la religión estaría segura Cfr. *Op. cit.* p. 381. MUÑIZ TERRONES era, cuando esto escribía, Teniente Coronel de Infantería y, a no dudarlo, expresaba así la ética que imperaba entre sus compañeros de armas bajo la vigencia de las leyes decimonónicas y desde luego entre ellas el C.J.M. de 1890, promulgado precisamente solo tres años antes de que la antedicha obra de MUÑIZ viera la luz. En la misma dirección se pronunciaron FELIÚ DE LA PEÑA y CONEJOS D’OCON. Cfr. FRANCISCO FELIÚ DE LA PEÑA: *Proyecto de Código Militar*. Barcelona 1851. p. 18; ANTONIO CONEJOS D’OCON: *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*. Valencia 1893. p.293.

autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito.”

Tal giro, que las Reales Ordenanzas imprimieron a la Obediencia debida —y que respondía al deseo de encuadrarse dentro de la tendencia que se había impuesto tras la II Guerra Mundial en la mayoría de los Estados de nuestro contexto cultural— pronto tuvo, como era de esperar, incidencia concreta en el Derecho Penal Militar. La Ley Orgánica 9/1980 modificó el artículo 185, nº 12 del Código de Justicia Militar de 1945, al añadir el siguiente párrafo al nº 12 que, como vimos, comprendía la exigente de Obediencia debida: “Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.”

Asimismo y paralelamente se modificaría también la regulación de la Desobediencia, adicionando un primer párrafo al artículo 328: “las citadas conductas no se considerarán delictivas cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución”. Esas “citadas conductas” era la desobediencia relativa a órdenes de los superiores que no se realizaran frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en situación de peligro para la seguridad del buque o aeronave o en campaña (artículos 327 y 328 del Código de Justicia Militar).

Tal innovación fue acogida desfavorablemente por la doctrina jurídico militar. Así MILLÁN GARRIDO considera que la solución es, en cualquier caso, discutible y la nueva fórmula legal desafortunada (40). VALENCIA-NO ALMOYNA la comentaba razonando “La salvedad en cuanto a la obediencia que aquí se establece, ofrece peligrosos matices en el terreno del Derecho militar y puede producir resultados nocivos para la disciplina, por la simple alegación por el inferior de que considera que la orden del superior incurre en los supuestos que comentamos” (41) y no ocultaba su alivio, al precisar que la adición del párrafo 3º del artículo 328 —antes transcrito— sólo era aplicable a los delitos tipificados en el mismo, no en el artículo 327 (42)

(40) ANTONIO MILLÁN GARRIDO: *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por La Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 40 (1982) p.203.

(41) JESÚS VALENCIANO ALMOYNA: *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*. Madrid 1980; p.p 96 y s.s.

(42) El artículo 327 del C.J.M. decía: “El militar que al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave desobedeciese las órdenes de sus superiores relativas al servicio, incurrirá en la pena de muerte. Si el hecho tuviese lugar en campaña sin encontrarse en las circunstancias expresadas en el párrafo precedente, será castigado con la pena de reclusión militar a muerte”.

En cambio, los estudiosos del Derecho Penal Común acogieron más favorablemente aquella modificación de la exigente. DÍAZ PALOS cree que la aproxima al Derecho Penal Común (43). MORILLAS, aunque considera vacua la nueva fórmula, rechaza las objeciones de VALENCIANO ALMOYNA, alegando que los nuevos artículos no significan posibilidad alguna de resquebrajamiento de la disciplina sino todo lo contrario, a no ser que el inferior quiera utilizar la presunta ilegalidad para no obedecer, en cuyo caso incurre en delito de Desobediencia, pues solo hay una excepción a la obediencia: cuando el mandato sea delictivo o contrario a las leyes y usos de la guerra (44). Asimismo QUERALT también rebate a VALENCIANO, por creer que todas las referencias que se puedan hacer a que las Fuerzas Armadas están también y principalmente para acatar la Constitución son pocas, aunque no parece satisfecho de la corrección dogmática de tales menciones, si bien no expresa la crítica que le merecen. (45)

### 3. Código Penal Militar de 1985.

El nuevo Código Penal Militar fue aprobado por Ley Orgánica 13/85 de 9 de diciembre (B.O.E nº 296 de 11 de diciembre) para entrar en vigor el 1 de junio de 1986. Como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, su gestación no ha sido transparente. Hubo dos anteproyectos, uno en 1982 y otro en 1983, este último consecuencia de las observaciones realizadas por los Consejos Superiores de los tres Ejércitos y por las Asesorías Jurídicas de Defensa, Junta de Jefes de Estado Mayor y Cuarteles Generales de Tierra, Marina y Aire. Finalmente el Consejo de Ministros aprobaría el 12 de septiembre de 1984 un Proyecto de Código Penal Militar, remitido con fecha 19 de octubre a las Cámaras que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de noviembre (46). Proyecto, que se apartaba, en este punto de la Obediencia debida, como en bastantes otros, de aquellos anteproyectos (47) y cuyo artículo 22 establece: "Serán de aplicación las causas eximentes

(43) FERNANDO DÍAZ PALOS: *Obediencia debida*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*; Tomo XVII, Barcelona 1982, pp 16-17.

(44) *Op. cit.* pp. 212-213.

(45) *Op. cit.* p. 456.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA en *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1.985*, pp. 278 y ss.

(47) He hablado con varios de los miembros de la comisión formada para la redacción de aquellos anteproyectos y ninguno se considera corresponsable del proyecto que, en definitiva, se envió a las Cortes que —según ellos— se apartaba en muchos puntos del texto discutido y aprobado por la comisión, desconociendo ésta el texto definitivo de tal proyecto hasta que fue publicado en los periódicos oficiales. El texto que, en definitiva, se aprobó, ya había sido criticado públicamente, a propósito de la Ley Orgánica 9/1980, por uno de los miembros de la comisión, ANTONIO MILLÁN GARRIDO —según hemos registrado— y lo sería

previstas en el Código Penal con las siguientes especialidades” ... 2º Obediencia debida. Para los militares no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución”.

Durante la discusión parlamentaria se combatió la fórmula antedicha, que, al final, fue la aprobada, sin duda porque era la que, en definitiva, estaba ya establecida por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, puesto que, como explica y uno de los parlamentarios intervinientes en el debate, no tiene sentido que en el Código se dé al tema de la Obediencia debida una redacción y en las Ordenanzas Militares, que también son una ley, se de otra, dado que eso produciría la lógica inseguridad jurídica y el desconcierto. (48) Y, por ello, el ahora artículo 21 del Código Penal Militar queda redactado así: “Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia debida a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyeran delito, en particular contra la Constitución.”

De otra parte, al regular el delito de Desobediencia en el artículo 102 (49) no se contiene ninguna reserva a la aplicación del artículo 21, como la que, para algunos comentaristas, suponía el párrafo 3º del artículo 328 no aplicable al artículo 327, ambos del Código de Justicia Militar, introducida por la reforma de la Ley Orgánica 9/1980 (50) De ahí que el Código Penal Militar resulta más radical en esta temática que la indicada reforma o, si se quiere, despeja las dudas a que la misma dió lugar.

Como era de esperar, la fórmula actual, que no es sino reproducción de la introducida por la Ley 9/1980, ha merecido las mismas críticas que ésta.

RODRIGUEZ DEVESA, TRILLO FIGUEROA RODRIGUEZ VILLASANTE no consideran muy afortunada la locución de “actos contrarios a las

también, después de la promulgación del Código, por otro de los componentes de la misma— JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE— como hemos de comprobar.

(48) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* p. 284.

(49) “El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratara de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Estos hechos cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos, en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra”.

(50) VALENCIANO se pronunciaba por la no aplicación al artículo 327, pero QUERALT lo consideraba discutible, pues sostuvo que “continúa vigente la eximente genérica del artículo 185, 12º” Cfr. VALENCIANO ALMOYNA: *Op. cit.* p. 96 y QUERALT: *Op. cit.* p. 456.

leyes y usos de la guerra"; pues parece que *ab initio* no se permite obedecer unos actos que pudieran no ser delitos, cuando la realidad es que los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra vienen tipificados como delitos por los artículos 69 a 78 del C.P.M. De ahí que se establece una alternativa no meditada, porque, si los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra no constituyen delito, no tiene porque entrar en juego el Derecho Penal y, si lo constituyen, es irrelevante que sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o contra cualquier otro interés jurídico penalmente tutelado por el Derecho Penal Militar (51).

También se ha censurado la alusión a los delitos "contra la Constitución". VALENCIANO ALMOYNA ya había puesto de relieve que no existen en la ley penal tales delitos, con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 9/1980, (52) y RODRÍGUEZ DEVESA, después de examinar la evolución de los distintos cuerpos legales españoles al respecto y de aludir a la cita del artº 79 del C.P.M. —igual que al artículo 214 del C.P.— que se hizo durante el debate parlamentario para justificar el texto luego aprobado, al incluir en la Rebelión el propósito de derogar suspender o modificar la Constitución, llega a la consecuencia de que tradicionalmente el delito de Rebelión ha figurado a la cabeza de los delitos contra el orden público, no contra la Constitución, si bien, al ser un delito pluriofensivo, se dirige contra instituciones políticas fundamentales o contra la Constitución y también contra el orden público, mas los antecedentes históricos ponen de manifiesto que allí donde se admitió la escisión entre delitos contra la Constitución y contra el orden público se otorgó a éste primacía en los delitos de Rebelión. (53)

La realidad es que la fórmula legal introducida por las Reales Ordenanzas y recogida por el artículo 21 del C.P.M. no ha resultado un acierto, pues, de un lado, plantea problemas de interpretación sobre la aplicabilidad o referencia del adverbio "manifiestamente" y de otro, es, en el mejor de los casos, redundante al partir de aquella alternativa entre actos contrarios a las leyes

(51) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* pp. 278-279 y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VILLASANTE: *El Código Penal Militar, en Revista General de Derecho*, número 499 (abril 1986) pp. 1297-1298.

(52) *Loc. cit.*

(53) *Op. cit.* pp. 281-283, BELTRÁN NUÑEZ se inclina por una interpretación semejante, pues, según el mismo: "la fórmula" y en particular contra la Constitución "no puede entenderse referida a cada uno de los derechos bienes o valores que la Constitución reconoce, protege o proclama, pues en tal caso, no se particulariza nada. Parece que debe entenderse referida a la esencia misma del orden constitucional... y que se conculca de forma singular en los delitos de Rebelión." MARIANO GÓMEZ DE LIANO, JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA, CÉSAR URIARTE LÓPEZ, ARTURO BELTRÁN NUÑEZ y JULIO PADILLA CARBALLADA.: *Legislación Penal Especial, Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Madrid 1.986. pp.21-22.

y usos de la guerra delictivos o no delictivos inexistente—como expusieron con acierto RODRÍGUEZ VILLASANTE y RODRÍGUEZ DEVESA— y, por último, alude a unos delitos” contra la Constitución” tan difíciles de precisar que, al final, resulta una expresión vaporosa y prácticamente vacua.

El único argumento que tiene a su favor es el de la continuidad del texto de las Reales Ordenanzas y, por tanto, de la armonía del Código Penal Militar con el propio orden jurídico ya vigente, con la ventaja que ello ofrece en pro de la seguridad jurídica y de la coherencia del propio sistema normativo castrense.

#### 4. *Requisitos de la Obediencia debida en el Derecho Penal Militar.*

Para determinar los requisitos que han de concurrir a fin de apreciar la circunstancia eximente de Obediencia debida prevista en el artículo 8, nº 12 del Código Penal, en el campo acotado del Derecho Penal Militar, hay que proceder a una interpretación sistemática, en la cual se han de tener en cuenta, además de los preceptos que regulan el delito de Desobediencia, éste es el artículo 102 del Código Penal Militar, también las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (54) sin perder tampoco de vista la definición legal de orden del artículo 19 de aquél. De ahí que, con la mirada puesta sobre tales preceptos legales, podemos inducir los siguientes presupuestos:

(54) Por otra parte, en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, la obediencia se estructurará como la consecuencia lógica del orden jerárquico (artículo 12) y la disciplina (artículo 28). Tal orden jerárquico normal se establece en el artículo 95 que preceptúa que el Mando “normalmente dará las órdenes a través de sus inmediatos subordinados, sosteniendo las que éstos den, salvo en casos excepcionales o que entrañen injusticia en cuyo supuesto actuará según aconseje el prudente ejercicio del mando y las exigencias de la disciplina” Y el artículo 32 acoge una resonancia de la teoría de la “*remonstratio*”, porque dispone que el militar “cualquiera que se su grado, acatará las órdenes de sus jefes. Si considera su deber presentar alguna objeción, la formulará ante su inmediato superior, siempre que no perjudique la misión encomendada, en cuyo caso la reservará hasta haberla cumplido” El artículo 27 establece que todo militar “tendrá presente que el valor, prontitud en la obediencia y gran exactitud en el servicio son virtud a las que nunca ha de faltar, aunque exijan sacrificios y aún la misma vida en defensa de la Patria”. Y el artículo 28 proclama “la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. “Asimismo el artículo 32 impone al militar “cualquiera que sea su grado, el deber de acatar las órdenes de sus jefes”; el artículo 50 impone al soldado o marinero que “desde su incorporación a filas respetará a cualquier oficial o suboficial de cualquiera de los Ejércitos, a los cabos de su propia unidad, buque o dependencia y a todo aquel que le estuviera mandando, sea de guardia, destacamento o cualquier otra función de servicio”. También el artículo 80 nos dice que “se considerará muy grave cargo para cualquier militar y muy principalmente para los que ejerzan mando el no haber dado cumplimiento de las Ordenanzas y las órdenes de sus respectivos jefes; la más exacta y puntual observancia es la base fundamental de servicio”. Finalmente, el artículo 84 impone al mando “el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad” y el artículo 89 le impone obedecer “las órdenes superiores con el mismo empeño y exactitud con que debe exigir y vigilar el cumplimiento de las propias”.



#### 4.1.- Relación de subordinación.

La organización jerárquica piramidal es y ha sido siempre una característica de los Ejércitos, como consecuencia lógica y obligada por la diferenciación de funciones que determinan su mayor eficacia y que se garantiza a través de la disciplina, que asegura precisamente la cohesión entre los miembros de tal organización jerárquica militar.

Pero esa jerarquía y, por tanto, la subordinación que, de la misma, se deriva, en los Ejércitos contemporáneos, se asienta siempre en la Ley. No es nunca una relación de poder personal entre superior e inferior. Cuando tal poder personal existe, es porque la Ley lo conceda y en la medida que lo confiera. Una relación de subordinación no basada en la Ley—como registra RODRÍGUEZ DEVESA— sería una relación meramente privada, irrelevante para nuestro tema. (55)

De ahí que en los Ejércitos actuales todo el que se incardina, voluntariamente o no, dentro de ellos, lo hace en una organización piramidal y unitaria en su actuación, donde —según la normativa legal que los rige— las actividades de los sujetos que los componen, ésto es, de los militares, se hallan actualizadas por mandatos directivos dimanantes de los legalmente habilitados al respecto, privando, a la decisión de aquellos la fijación de los modos, contenidos y fines de tales actividades. Es decir, las decisiones directivas se atribuyen a diversos escalones jerárquicos a los que se concede una autonomía mas o menos amplia, pero el número de tales decisiones es relativamente bajo en relación con el despliegue de actividad de auxilio, apoyo y ejecución que es la característica de esas organizaciones, ésto, es de los Ejércitos.

Toda relación de obediencia se desarrolla dentro de la cadena jerárquica de los Ejércitos, cuyos dos polos o elementos son siempre un superior jerárquico que ordena y un inferior o subordinado llamado, en principio, a obedecer, o sea, a cumplir las órdenes de aquél. (56)

Quiénes son los superiores jerárquicos lo determina legalmente el artículo 12 del Código Penal Militar que dice: "A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente mas elevado

(55) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación*; p. 156

(56) MUÑOZ TERRONES indica: "Cuanto hace relación al modo de ser, el gobierno, régimen, subordinación y disciplina de los Ejércitos, brazo de la nación armada, gira indefectiblemente sobre dos polos: MANDO Y OBEDIENCIA. En la Milicia todos mandan y todos obedecen" Cfr. *Op. cit.* p. 1.

o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de los mismos, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la *Autoridad Militar Española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados.*”

El análisis de este concepto legal pone de manifiesto que no basta el mayor empleo para otorgar la cualidad de superior en la apreciación de esta exigente, sino que se exige que, además del mismo, se ejerza “autoridad” “mando” o “jurisdicción” sobre el que ha de cumplir la orden.

El criterio interpretativo para delimitar qué militares ejercen autoridad no hay duda de que se radica en el artículo 9 del C.P.M. que dice:

“A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1º.- El Jefe de Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro del Defensa, y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2º.- Los militares que ejerzan mando superior o, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de sus destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.

3º.- Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

4º.- Los que forman parte como Presidente, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de justicia y los Auditores, Fiscales o Jueces militares en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

5º.- Mientras permanecen fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista Autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.”

Lo que caracteriza, pues, a la autoridad militar es ejercer mando superior o autónomo o ejercer jurisdicción bien individualmente o como miembro de un tribunal colegiado.

El “mando” es la potestad de reclamar obediencia. De ahí que la diferencia entre las autoridades militares que ejercen mando y los demás

militares dotados del mismo no es cualitativa, sino cuantitativa, o, si se quiere, jerárquica. Aquellas están investidas de un mando superior o autónomo, "mandan mas" según un dicho vulgar. Radican en los escalones jerárquicos de la organización piramidal de las Fuerzas Armadas mas elevadas, donde se adoptan las decisiones directivas mas importantes y que generalmente se dirigen a una parcela mas extensa de las mismas u operan con cierta autonomía o separación de tal organización piramidal y, por ello, disponen de un poder directivo superior al que les competería de no hallarse en tal situación específica.

El C.P.M. incurre en el mismo vicio que denuncia QUERALT, respecto al C.P. en esta materia (57) Emplea una terminología carente de precisión técnica, una terminología vulgar, incluso coloquial. La voz "jurisdicción" no se refiere sólo a la función judicial propiamente dicha. Al igual que indica en el Derecho Común la doctrina mas certera, ha de abarcar algo más; el poder de resolver, a través de la aplicación del Derecho objetivo, los asuntos sometidos al militar dotado del mismo (58).

Ahora bien, la jurisdicción puede ser propia o delegada. Tal distinción naturalmente resulta superfluo en el ámbito judicial, donde sus órganos tienen atribuida siempre jurisdicción propia por el ordenamiento jurídico. Más no ocurre lo mismo en el ámbito administrativo donde se prevé y autoriza la delegación de funciones de este orden. El problema radica en el alcance que ha de concederse a la expresión "sustitución reglamentaria" contenida en el artículo 12 del CPM. A nuestro juicio, y aún reconociendo que la misma parece referirse a los casos de vacancia temporal o definitiva —muerte, cese, ausencia, enfermedad...—, del titular no a la delegación de facultades, la amplitud de la fórmula adoptada y su carencia de precisión autorizan a incluir la jurisdicción delegada, pues quien la desempeña "sustituye reglamentariamente" al delegante.

Lo que resulta claro es que difícilmente cabe registrar dentro de los Ejércitos algún superior que ejerza jurisdicción judicial o administrativa que no ostente la cualidad de autoridad militar conforme al artículo 9 del C.P.M. lo que revela la redundancia en que se incurre a través de la fórmula legal definitoria del superior.

La autoridad, mando o jurisdicción ha de ejercerse, bien por razón del empleo o del cargo o función. De ahí que, aunque el empleo reviste gran importancia en las Fuerzas Armadas, no es el exclusivo parámetro para

(57) *Op. cit.*; p. 151.

(58) J. CÓRDOBARODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO; A. DEL TORO MARZAL; J.R. CARABO RUIZ; *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1976. p. 749. QUERALT *Op. cit.*; p. 151.

determinar el carácter del superior. Ni siquiera cuando se trata de una exclusiva relación de mando de unidades las reglas sobre sucesión de mando siempre siguen el orden de empleo (59). De ahí que la autoridad, mando o jurisdicción que se ejerce sobre el inferior puede basarse en un mayor empleo o en un principio funcional o territorial.

El empleo, por tanto, aparece como indicativo importante para determinar el carácter de superior, pero no es el único. Lo que si aparece siempre como subsidiario de los demás. Es decir, que en aquellas hipótesis donde no cabe que entre en juego otro criterio funcional, territorial... será el empleo, y dentro del mismo la antigüedad, el llamado a otorgar tal carácter.

La obediencia se funda en una relación de subordinación entre dos polos personales; superior e inferior. Determinado el concepto del primero, el segundo se define precisamente por ser el otro elemento personal de esa relación jerárquica o de subordinación.

El otro polo, pues, de la relación de subordinación está representado por el inferior, cuyo concepto implícitamente lo suministra el de superior ya examinado. Inferior es el militar a quien está supraordenado un superior en la relación jerárquica castrense y al que se impone el deber de obediencia a éste. Es el destinatario de la orden, de quien se espera que la cumpla por proceder la misma de su "jefe", entendida esta palabra en el sentido de superior jerárquico usado por el artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y no en el restrictivo acotado a una específica categoría militar.

#### *4.2.- La orden vinculante*

Como consecuencia de la relación de subordinación militar nace el deber de obediencia del inferior al superior. Es el mismo el resultado de la estructura jerárquica de cualquier grupo social organizado e impuesto por la división del trabajo. Naturalmente que, en las Fuerzas Armadas estructuradas con una acentuada jerarquización, tal deber de obediencia se impone en grados muchos más intensos que en cualquier otro grupo social, donde la disciplina, que garantiza la cohesión del mismo, no impera con tanto rigor.

La obediencia, pues, es una de las secuelas lógicas de la jerarquía y, por ello, de la subordinación. Entre iguales no se da la obediencia, sino la

(59) Véanse por ejemplo, el Título V de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, los artículos 202 y s.s. de las Reales Ordenanzas de la Armada y el artículo 130 y s.s. del Ejército del Aire.

cooperación (60) Es precisamente en los grupos sociales de estructura jerárquica —y los Ejércitos los son más que ninguno— donde el deber de obediencia y la punición de su quebranto se exige como garantía de que cada miembro del mismo va a cumplir el cometido que se le encomienda. De ahí que la obediencia conlleva dentro de la estructura castrense una relación vertical intensa que, al fijar los contactos entre los miembros integrantes de la misma, garantiza el cumplimiento de los fines propios de los Ejércitos. MUÑIZ TERRONES indicaba ya que la subordinación es la relación de dependencia de cada uno respecto a su superior, causa de la obediencia, o, de otro modo, la subordinación es la disposición a la obediencia. Todo militar es subordinado a su superior jerárquico. Y la mas alta jerarquía lo es a las leyes. La obediencia, pues, no es mas que la subordinación en ejercicio (61).

Ahora bien, como registra QUERALT, el medio por el que cobra vigencia el deber de obediencia es la emisión de la orden. La orden “actualiza” el deber de obedecer dimanante de la relación militar de subordinación. Mas dicha orden no crea el deber de obediencia, sino que se limita a actualizarlo. Sin orden, el mismo no adquiere vigencia y no pasa de ser una previsión abstracta y, por tanto, no cabe reclamarse, pero el deber de obediencia nace antes con la relación de subordinación misma, no con la orden, que sólo lo convierte en actual y exigible ya.

De ahí que —como expone RODRÍGUEZ DEVESA— la orden del superior es el eje de toda la dinámica de la relación de subordinación (62). Hasta que la misma se imparte, tal relación y el deber de obediencia consubstancial a la misma permanecen en situación estática. La orden la pone en movimiento, impulsa el dinamismo propio de ella. El deber de obediencia, pues, necesita un elemento catalizador, y este catalizador es la orden (63). La orden es por tanto la que hace que la subordinación se ejercite, según la expresión feliz de MUÑIZ TERRONES, la que hace que la obediencia pase de la potencia al acto.

Sin embargo, no toda orden o mandato impulsa aquel dinamismo, “actualiza” el deber de obediencia. No basta registrar la concurrencia de una orden para que ponga en marcha la dinámica de la obediencia y, en consecuencia, se aprecie la eximente, sino que además la orden ha de ser vinculante.

Mas, si no deseamos caer en el pozo del bizantinismo a donde nos ha

(60) R. MAYNTE: *Sociología de la organización*, Madrid 1972; pp 113 y ss QUERALT: *Op. cit.* p. 30.

(61) *Op. cit.* p. 331.

(62) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación*; p. 156.

(63) QUERALT: *Op. cit.* p. 179.

llevado cierta doctrina, el carácter vinculante de la orden habrá de determinarse *ex ante*, porque —como observa QUERALT, —si se enjuicia *ex post*, la orden que ha producido la lesión de un bien jurídico aparecerá siempre como ilícita y, en definitiva, habrá que acudir para eximir a expedientes ajenos a la propia obediencia. (64)

Sólo, desde tal perspectiva *ex ante*, se pueda hacer vigente aquella regla esencial y propia relativa a la orden del superior que formulara tan certeramente VEUTRO; “el militar no debe temblar siempre que cumple una orden de guerra, mas no debe tampoco encontrar en ella una coartada moral y jurídica para hacerse impunemente instrumento culpable de crueldad e ilegitimidad internacional”, “o interna”, añadimos nosotros. (65)

Tanto en la doctrina, como en la legislación foránea, se han ofrecido distintas definiciones de orden. (66) Nosotros preferimos seguir la brindada por el artículo 19 del C.P.M. que, en definitiva, es de la que habrán de partir los órganos judiciales militares.

El antedicho artículo 19 la define así:

“A los efectos de este Código, orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.”

De ahí que, partiendo de tal definición, deben extraerse los siguientes requisitos de la orden:

#### 4.2.1.- *Requisitos conceptuales*

a) Imperatividad.- La orden es una expresión del “*imperium*” que el superior tiene sobre el inferior en virtud de la relación de subordinación. La

(64) *Op. cit.*; p. 180.

(65) VITTORIO VEUTRO: *L'Obbedienza Militare nel quadro del Diritto penale interno italiano e del Diritto della Guerra*, publicado dentro de la obra *L'Obeissance militaire au regard des Droits penaux internes et du Droit de la Guerre*. Estrasburgo 1971 p. 220, editada por la *Société International de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre*.

(66) CÓRDOBA la define como “disposición con pretensión de vinculación de una voluntad ajena” (Cfr. *Op. cit.* tomo I, Barcelona 1976; p. 12) VENDITTI como “la manifestación de la voluntad que el titular de un poder de supremacía dirige al subordinado para exigir un determinado comportamiento” (RODOLFO VENDITTI: “*I Reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*”, Milán 1985; p. 236) CIARDI como la “precisa manifestación de voluntad del superior o de la autoridad concretada en un particular mandato o prohibición dirigido a determinados inferiores o subordinados” (GIUSSEPPE CIARDI: *Trattato di Diritto Penale Militare* Volumen I, Roma 1970; p. 196) etc. La Ley de 20 de marzo de 1957 define, en Alemania la orden como “todo mandato de realizar una determinada conducta, dado por el superior militar a un inferior por escrito o verbalmente o de cualquier otro modo, general o para un caso concreto, con la pretensión de que sea obedecido”.

orden, por definición, ha de ser un “mandato”, ésto es, —como observa DELITALA (67)— una manifestación de voluntad que conlleva, por su contenido, la imposición de una determinada conducta (positiva u omisiva) en virtud de una potestad que autoriza a un sujeto a impartir el mandato y obliga a otro sujeto a cumplirlo bajo amenaza de sanción. ...De ahí que los ruegos, exhortaciones, deseos, consejos, advertencias, pareceres, sugerencias no son órdenes, porque les falta la nota de imperatividad. Ha de tratarse de una formulación volitiva que exija una acción o abstención del subordinado. La ejecutoriedad de la orden representa la vocación del acto en el sentido de producir inmediatamente un cambio en el mundo exterior o, por el contrario, el mantenimiento de la situación vigente.

Lo importante —como explica VENDITTI— es que la orden excluya inequívocamente para el inferior la libertad de elección para acomodarse o no a la voluntad del superior manifestada. Y, a tal fin, adquiere relevancia la forma en que se hace la intimación y hasta el mismo tono de voz. (68)

b) Concreción.- El comentado artículo 19, requiere que la orden imponga al subordinado “que lleve a cabo u omita una actuación concreta”.

La orden, pues, ha de ser concreta y personal. Todos los delitos desde el mas leve al más grave, no son más que desobediencias a los imperativos de la Ley. Sin embargo, no todas las infracciones legales militares pueden clasificarse entre los delitos de Desobediencia. Precisamente porque las leyes no son normas dadas en una concreta contingencia y en forma personal y directa a uno o varios súbditos, sino preceptos generales de carácter permanente dirigidos a la universalidad, su inobservancia suele representar una manifestación de rebeldía social, pero no el planteamiento de un conflicto entre la voluntad del superior y el inferior (69). Ya Carlos III marcaba la distinción entre el mandato de la Ley y el mandato del jefe, al hablar, en sus Ordenanzas, del deber de “dar cumplimiento a mis Ordenanzas y a las órdenes de los superiores respectivos”; distinción que se recoge en las actuales Reales Ordenanzas. (70).

Según VENDITTI, tampoco ha de confundirse la orden con la comisión o instrucción, es decir, con aquellos mandatos donde se deja a la libertad e iniciativa del inferior un cierto margen de apreciación y que, por tanto, presentan un contenido general, pues la orden tiene siempre un contenido

(67) GIACOMO DELITALA: DIRITTO PENALE RACCOLTA DEGLI SCRITTI, tomo I Milán 1976, p. 471.

(68) *Op. cit.*, p. 236.

(69) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación* pp. 158-159.

(70) Artículo 80 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

específico que exige una rigurosa realización. Tampoco —continúa VENDITTI— se confundirá la orden con una disertación del superior sobre normas reglamentarias, aunque, en tal disertación, se ofrezcan indicaciones u observaciones acerca de la conducta que ha de seguir el inferior (71).

#### 4.2.2.- *Requisitos formales*

a) Competencia.— La orden ha de darse dentro de las “atribuciones que legalmente le corresponden al superior”. Esto es, el superior ha de tener competencia para impartir la orden.

Mas la competencia puede poseerse de un modo abstracto o concreto. Como acertadamente defiende una parcela de la doctrina, solo la primera tiene utilidad al respecto en una valoración *ex-ante*, que es precisamente la que ha de realizar el subordinado que recibe la orden.

Si por el contrario se exige la competencia concreta, la misma sola cabría determinarla *ex-post*, después de ejecutada la orden y a la vista de lo ocurrido (72).

Cuando la autoridad judicial militar ordena la detención de un militar, lo que se ha de determinar es si la tal orden le compete en virtud de las atribuciones que le están conferidas y si no hay duda de que la misma se incluye dentro de ellas; no si efectivamente estaba justificada esa detención en este caso concreto o se realizaba arbitrariamente por odio o animadversión. El inferior, al recibirla, solo está obligado a examinar si la orden se comprende dentro de las potestades que, en general, es decir, en abstracto, le están atribuidas a aquella. Es lo único que le cabe realizar en una valoración *ex ante* y, por tanto, lo único que cabe exigírsele.

De otra parte, este requisito de la competencia enlaza con la relación de subordinación ya estudiada antes. La orden ha de producirse entre los dos polos personales de la relación jerárquica, superior e inferior. Un militar de graduación no puede impartir órdenes a cualquiera de inferior empleo. Solo sobre quienes, conforme el artículo 12 del C.P.M. ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo, cargo o función.

Por parte del inferior, ha de darse también el requisito de la competencia en los mismos términos que para el superior. El artículo 19, que estamos

(71) *Op. cit.* p. 237.

(72) A mi entender es precisamente ésto lo que hacía RODRÍGUEZ DEVESA ante la fórmula del CJM de 1945, artículo 185 nº 12, cuando sostuvo que el “superior no tiene nunca competencia para ordenar la comisión de un delito”, descartando la aplicación de la causa de justificación en todos los casos de obediencia a una orden delictiva. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*; pp 67 y ss.



examinando, no consigna tal requisito expresamente, pero el mismo se desprende con claridad de los artículos 15 y 102 del C.P.M. De ahí que la orden ha de encontrarse dentro del núcleo de imperativos que obligacionalmente le exige al inferior la permanencia en el servicio considerados también de modo abstracto.

La competencia del inferior presupone que el mandato sea “relativo al servicio” y ello enlaza también con la competencia del superior.

Ya hemos visto como, en nuestro Derecho Militar histórico, se exigió siempre, como una constante, desde el siglo XVI hasta las últimas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que la orden se refiera al servicio, pues fuera del servicio, no cabe hablar de obediencia militar “debida” Ahora bien —como registra VENDITTI— la relación de la orden con el servicio no es necesario que sea directa e inmediata. Puede ser una orden relativa al servicio cuando tiene en cuenta una exigencia personal del superior indirectamente relevante a los efectos del servicio militar. (73)

En nuestro Derecho no encontramos una definición explícita de “servicio” pero sí de actos de servicio. El artículo 15 del C.P.M. los define así:

“A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente le corresponden.”

De este artículo 15 y del 102 del C.P.M. se induce que no basta que la orden incida sobre el servicio en general, sino sobre las funciones que corresponden al inferior en cumplimiento de sus específicos cometidos, ésto es, que aquella ha de ser relativa al servicio que corresponde al inferior. De ahí que el inferior puede lícitamente desobedecer la orden o mandato impartido cuyo contenido es totalmente extraño a los intereses militares. (74). Y, si la obedece, no puede ampararse en esta eximente.

La orden, pues, ha de tratarse de la “clase” de órdenes que el inferior está llamado a cumplir. Es decir, ha de estar comprendida entre aquellas que, de modo abstracto y general, compete ejecutar al subordinado en virtud de los cometidos concretos que le están atribuidos. Y ello, al igual que se hizo con el superior, ha de valorarse desde un punto de vista *ex ante*, colocándonos en la posición del militar subordinado que recibe la orden y ha de cumplirla y, precisamente, en el instante de ir a ejecutarla (75).

Pasará, por tanto, a tener una trascendencia decisiva la circunstancia de

(73) *Op. cit.*; p. 238.

(74) VENDITTI: *Op. cit.* 240.

(75) QUERALT: *Op. cit.* pp. 203 y ss.

si la orden debe llevarse a cabo por constituir el mandato que conlleva uno de los que se integran dentro del servicio específico propio del inferior ; si la acción u omisión que el superior exige es precisamente de las comprendidas dentro del núcleo de prestaciones que constituye la razón de ser de la función del subordinado, considerada en abstracto. En caso afirmativo, el hecho de ser el mandato de la categoría ofrecida producirá que se despliegue la eficacia de la exigente de Obediencia debida.

Siempre que la orden, pues, es de las que “*in genere*” corresponde legalmente cumplir al inferior, tiene a su favor una presunción de legalidad que desarrolla su eficacia amparatoria en favor del Estado y de las Fuerzas Armadas del mismo e, indirecta pero contundentemente, alcanza a proteger también a quien, dentro de la estructura jerárquica de aquéllos, está llamado a obedecer y lo cumple así (76).

De ahí que, en tal caso, existe una presunción de legalidad en favor de la orden cuando el subordinado la recibe de un superior a quien legalmente está subordinado—es decir que sea su “jefe” en el significado ya expuesto de esta palabra—, cuyo cumplimiento sea de competencia genérica de éste, siempre que la misma revista la forma adecuada. Entonces nace tal presunción de legalidad y, por tanto, —como explicaba VICO— el inferior ha de partir de la misma y presumir la legalidad de la orden. Y también debe presumirse que tal inferior ha obrado siempre con conciencia de obedecer la orden, porque, en él, el deber de obediencia es la regla. Y estas presunciones solo cesarán cuando la criminalidad de la orden resulte “manifiesta” según comprobaremos (77).

Todo lo anterior pone de relieve la importancia del requisito de competencia del inferior, frente al que el de la del superior pasa a un plano secundario y enlaza con el contenido material de la orden.

b) Forma.— También requiere el artículo 19 del C.P.M. que la orden se imparta en “forma adecuada”. En el ámbito castrense las órdenes admiten en general las formas mas variadas: escrita, oral, en clave, signos o señales etc...

Por lo común, y sobre todo en situaciones bélicas, rige el principio de libertad de forma. Mas, hay casos en que se requiere una forma determinada, que unas veces actúa como garantía de derechos subjetivos y otras como garantía del recto funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

De ahí que—como sostiene QUERALT en Derecho Común— no se trata

(76) CORDOBA: *Op. cit.* p. 398; QUERALT: *Op. cit.* p.419-421; SANTIAGO MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1984 p. 432.

(77) PIETRO DI VICO: *Diritto Penale Militare*, Milán 1917 pp. 132 y ss.

de reproducir la teoría de la nulidad administrativa y judicial, se trata mas bien de confeccionar un criterio material en base al fin de la Ley que apunte tanto a la garantía efectiva de las situaciones jurídicas generadoras o no de derechos subjetivos, por otra parte ausentes generalmente en la relación jerárquica, como a la garantía de la función pública, en nuestro caso, del funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Así las cosas, poco importa que la orden sea nula, anulable, irregular, categorías todas ellas formales y procedimentales. Lo que aquí interesa es la virtualidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por no haber sido respetado un modo predeterminado legalmente de actuación, en atención a las finalidades de un órgano militar concreto (78).

De ahí que, caso por caso, se enjuiciará la función de garantía que supone la forma exigida en relación a la misión a realizar.

Dentro de esta problemática de la forma de la orden, se plantea la cuestión del cauce a través del que se ha de cursar, que, como sabemos, normalmente es el llamado “conducto reglamentario”, cuya exigibilidad ha de evaluarse, de acuerdo con los criterios expuestos, a la vista de la misión de garantía, atribuida a tal conducto reglamentario para el adecuado funcionamiento de los Ejércitos. Por eso, nos parece excesivo mantener —según hace CIARDI— como regla general la posibilidad de transmitir órdenes a través de personas ajenas al servicio; verbigratia : la esposa del superior que la imparte. Es más, por mínimo que sea tal función de garantía de la vía reglamentaria, ha de rechazarse esa regla general (79).

#### 4.2.3.- *Requisito de fondo: Falta de criminalidad manifiesta de la orden.*

La fórmula del artículo 21 del C.P.M. ha merecido las mayores censuras, tanto en el ámbito parlamentario como en el doctrinal. Mas tales censuras, no solo han de extenderse al estilo literario mas o menos redundante y exacto, sino al hecho de que es fuente de una grave problemática interpretativa. Me refiero a la cuestión de si el adverbio “manifiestamente” va referido solo a los actos que “sean contrarios a las leyes y usos de la guerra” o hay que relacionarlo también con los que “constituyen delito, en particular contra la Constitución”.

El problema no es baladí, ya que la solución que se dé al mismo ha de delimitar el alcance de la causa obstativa de la admisión de la Obediencia debida como eximente o atenuante. El Consejero Togado de la Marina,

(78) *Op. cit.* p. 202.

(79) GIUSEPPE CIARDI: *Obbedienza gerarchica militare*, en *Revista Penale*. 1931, p. 633

TRILLO FIGUEROA, así como el profesor MORILLAS CUEVA, se inclinan por aplicar el adverbio de modo “manifiestamente” solo a los actos que son “contrarios a las leyes y usos de la guerra”, no a los que “constituyen delito”. El último desarrolla un razonado análisis sintáctico en favor de tal interpretación (80).

No obstante, RODRIGUEZ DEVESA, DIAZ PALOS y la mayoría de los que se han pronunciado al respecto, tanto en la discusión parlamentaria, como en el campo doctrinal, se inclinan decididamente por aplicar tal adverbio de modo tanto a los “actos contrarios a las leyes y usos de la guerra” como a los que “constituyan delito en particular contra la Constitución” Es la que nos parece la interpretación adecuada conforme al sentido gramatical del texto, a los precedentes de Derecho Comparado que indudablemente ejercieron un claro influjo en la redacción del mismo, y al propio preámbulo del Código Penal Militar, donde se justifica el texto del artículo 21 “para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes”.

En realidad, la defectuosa fórmula legal vigente ha seguido un criterio similar al mantenido por PIETRO DI VICO, que motivaría el artículo 40 del Código Penal Militar de Paz italiano de 20 de febrero de 1941. Explicaba DI VICO que el deber de obedecer cesa cuando se trata de cometer un delito, “entre otras consideraciones, en interés de la seguridad del mismo Estado y de la disciplina militar, porque, en otro caso, la obediencia jerárquica justificaría al inferior cuando el superior le instigase a levantarse contra los poderes del Estado” (81).

De ahí que aquella presunción de legalidad, que registramos en favor de la orden cuando incidía sobre un acto del servicio específico que compete cumplir al inferior, cesa tan pronto aparezca “manifiestamente” la criminalidad de la misma, cuando su cumplimiento entrañe la ejecución de actos que “manifiestamente” sean delictivos.

“Manifiestamente” significa notoriamente, palpablemente, perceptible “*prima facie*”, ésto es, a primera vista.

El problema radica en determinar cuando la orden constituye “manifiestamente” delito. RODRIGUEZ DEVESA considera que la expresión ha de interpretarse en el mismo sentido que el artículo 369 del C.P., cuando se habla de una infracción “clara, manifiesta y terminante de Ley” para la Desobediencia del funcionario, pues la adición de los términos “clara y terminante” no añade nada a “manifiesta”, al ser los tres vocablos equivalentes. La

(80) *Op. cit.* pp. 198-199

(81) *Op. cit.* p.134

diferencia entre ambos preceptos — los artículos 21 del Código Penal Militar y 369 del Código Penal — estará en que, en el primero, la orden ha de constituir “manifiestamente” delito y, en el segundo, “manifiestamente” infracción de Ley. Postura esta que substancialmente es mantenida también por DÍAZ PALOS (82).

De ahí la proximidad y similitud que, pese a evidentes deficiencias de la fórmula del artículo 21 del C.P.M. se produce en el momento actual entre los elementos que constituyen la Obediencia debida, como eximente, en el Derecho Penal Común y el Militar.

Se han sostenido posiciones distintas para precisar cuándo la orden entraña la ejecución de actos que “manifiestamente” constituyen delito.

En España, siguiendo la línea subjetivista, RODRÍGUEZ DEVESA, opina que, en la determinación del carácter “manifiesto” de la criminalidad de la orden, hay que estar al nivel del inferior, que puede diferir desde el analfabeto al que tiene estudios universitarios, desde el que está en antecedentes de la ilegalidad de la orden hasta el que la ignora. Y una postura similar es adoptada por BELTRÁN NUÑEZ y también por ASTROSA HERRERA (83).

En el Derecho alemán, JESCHEK, quien, a la vista del orden jurídico penal germano vigente, parece inclinarse por la tesis objetivista, defiende que el poder eximente de la Obediencia debida desaparece en cuanto la antijuricidad penal de la ejecución de la orden sea, según las circunstancias conocidas por el soldado, evidente, ésto es, resulte cognoscible para cualquiera sin ulterior reflexión.

Y lo argumenta aduciendo que un derecho de comprobación por parte del subordinado sería incompatible, aun hoy, con la esencia del cometido militar, mas ni la inconsciencia ni la ceguera jurídica pueden exculparse en este ámbito. De ahí que, cuando resulta evidente la antijuricidad penal, si el hecho se comete en cumplimiento de una orden, es signo de un imperdonable falta de aptitud jurídica del inferior y, a tal respecto, cita la legislación austriaca que considera evitable el error de prohibición “cuando lo injusto del hecho sea fácilmente cognoscible para cualquiera” (84).

Como explica ROSIN, en la doctrina italiana menos reciente dominó la concepción conforme a la cual, según afirma SANTORO, la crimosidad

(82) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español* 1985, p. 286; DÍAZ PALOS. *Op. cit.* pp. 16-17.

(83) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* p. 286-287. BELTRÁN NUÑEZ: *Op. cit.* p. 22 y RENATO ASTROSA HERRERA: *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile 1974, p. 112.

(84) HANS-HEINRICH JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol II, Barcelona 1981 p. 680.

manifiesta es un atributo y cualificación del acto... y por consiguiente un concepto objetivo (84 bis).

VENDITTI, también mantuvo la posición objetiva. Para el mismo, el adverbio “manifiestamente” revela el carácter excepcional de la disposición, recordando implícitamente que, cuando la ejecución de la orden no constituya un delito “manifiesto”, se aplicará la regla de la no punibilidad del subordinado ejecutor de la misma. El carácter de “manifiesta” criminalidad de la orden ha de fijarse abstractamente y no en el caso concreto, teniendo a la vista las condiciones específicas del ejecutor. La orden constituiría “manifiestamente” delito cuando ella sea perceptible por el ciudadano medio y no por un ejecutor determinado. A su juicio, la dicción legal no deja duda acerca del carácter objetivo de tal criterio. Y acorde con tal postura objetivista, mantuvo la irresponsabilidad del ejecutor de la orden que, objetivamente, no era “manifiestamente” delictiva, si bien él sabía que integraba delito, basando tal postura en la exigencia de no desvalorizar los términos “manifiestamente criminal”, usados por la Ley y de evitar el riesgo de extender en exceso el rechazo de la obediencia al conceder un alibi al subordinado para multiplicar los casos de rehusos de la misma, si la convicción personal de la criminalidad de una orden cualquiera bastase para ello y no se requiriera que tal criminalidad resultara “manifiesta” para todos, o para el ciudadano medio. En el mismo sentido que VENDITTI se pronunció NUVOLONE (85).

Pero, ante la crítica a que se sometió dicha tesis, VENDITTI rectificaría su postura y admitiría que, en la individualización de la “manifiesta” criminalidad, no se puede seguir un criterio exclusivamente objetivo, porque debe combinarse también con elementos subjetivos, tales como el conocimiento de los elementos de hecho, que están muchas veces en función del lugar de observación del ejecutor. Y además el requisito de “manifiesta criminalidad” de la orden desempeña en el fondo una función sintomática del conocimiento por parte del subordinado de tal criminalidad y, en consecuencia, cuando aquel conocimiento resulta demostrado, por otra vía, dicha función sintomá-

(84 bis) GIUSEPPE ROSIN: *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso e la Rasegna della Giustizia Militare* (Mayo-Junio, 1982) p. 214.; A. Santoro: *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Turin 1957, p. 233. Una excepción a esa postura dominante la representaba MESSINA, quien lo consideraba subjetivo porque debe referirse a la conciencia de la criminalidad y los elementos objetivos servirán solo en cuanto contribuyen a dicha conciencia. S. MESSINA: *L'ordine insindacabile dell'Autorita come causa de esclusione di reato*. Roma 1942. p. 52.

(85) RODOLFO VENDITTI: *Il Diritto Penale Militare nel sistema Penale Italiano*, Milán 1978, pp. 200-201; P. Nuvolone: *Valore costituzionale della disciplina militare nel codice militare e nelle norme di principio*, en *Rasegna della Giustizia Militare* (1979) p. 27.

tica se desvanece o, cuando menos, pasa a segundo plano (86).

VEUTRO adopta una posición intermedia y mantiene que el criterio para valorar el carácter manifiestamente criminoso de la orden no puede tomar solo, como parámetro, al tipo medio de ciudadano, ya que la posibilidad de verificar la criminalidad de la orden depende del conocimiento de los elementos de hecho, diverso en relación al punto de observación de los varios militares. Una orden de requisar de un caballo puede resultar manifiestamente ilegal al perteneciente a la Intendencia que conoce la circular prohibiendo la requisar en aquella zona de operaciones, pero, en cambio, no lo será para el soldado normal que jamás tuvo noticia de tal circular no destinada a la tropa (87). En Italia esta tesis es seguida por una parte de la doctrina: CIARDI (88) MANASSERO (89) MERANGHINI (90). DELITALA mismo mantiene que nadie puede ser obligado a cumplir una orden si sabe que cumpliéndola comete un delito. Si la cumple, estará llamado a responder penalmente del delito cometido en concurso con el superior. El deber de obediencia tiene como presupuesto la legitimidad de la orden y — explica DELITALA— parece evidente que aquel presupuesto desaparece y, con el mismo, el deber de obediencia cuando el inferior sabe, de cualquier modo que sea, que con la emanación de la orden el superior se propone cometer un delito. De ahí que la manifiesta ilegitimidad, no solo se da cuando la misma sea evidente para cualquiera, sino también cuando el inferior tiene conciencia precisa de su concreta ilegitimidad (91).

Creemos que la solución a esta delicada, aunque trascendental problemática, es la misma que MIR PUIG ofrece en el Derecho Penal Común, nada alejada de la última postura de VENDITTI, según la cual ha de decidir el punto de vista del hombre o ciudadano medio imaginado en el momento de la acción (*ex ante*) y con los conocimientos especiales que puede tener el autor en dicha situación. Ello supone que habrá de considerarse siempre como muy importante el conocimiento de datos poseídos por el inferior que, para el hombre medio en su misma situación, harían “manifiesto” el carácter delictivo de la orden. No significa, en cambio, que sea decisiva la mera “opinión” del subordinado acerca de la criminalidad de la orden ni de su carácter “manifiesto”. De ahí que no se penará al subordinado que cumple una orden que cree —no que sabe por datos que conoce— delictiva, pero

(86) Loc. cit.

(87) GUIDO LANDI; VITTORIO VEUTRO; PIERO STELLACI Y PETRO VERRIZ: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*, Milán 1976, p. 185.

(88) GIUSEPE CIARDI: *Tratado di Diritto Penale Militare*, I vol, Roma, 1970, pp. 197-198

(89) A. MANASSERO: *I. Codici Penali Militari*, vol. I, Milán 1951 p. 121.

(90) U. MERANGHINI: *Il dovere di disobbedienza*, en *Revista Penale*, 1966, I. p. 14.

(91) *Op. cit.* p. 474.

acertadamente ve que ello no es “manifiesto”, ni aún contando con los datos que conoce. Por otra parte, el desconocimiento por el autor de una criminalidad de la orden que, con sus datos, el hombre medio reputaría “manifiesta”, no obsta a la imposibilidad de invocar la Obediencia debida, sin perjuicio de que entonces entre el juego el error, pero ésto da lugar a otra problemática que examinaremos mas adelante (92)

De ahí, pues, que para determinar cuando la orden entraña “manifiestamente” la comisión de delito, ha de partirse del punto de vista del hombre medio en el momento de iniciar la acción, pero teniendo a la vista también, si con el conocimiento de los datos fácticos que el ejecutor posea en concreto, aquel hombre medio la habría calificado de “manifiestamente” delictiva. Los datos cuyo conocimiento por el ejecutor se han de valorar *ex-ante*, son fundamentalmente, a nuestro juicio, datos fácticos, que variarán según la distinta situación del militar —como explicaba VEUTRO— pero que pueden ser poseídos por el hombre medio en la posición del ejecutor de la orden, no aquellos otros que no son propios del hombre medio. El conocimiento de estos datos procede, mas de la ubicación objetiva del subordinado, que de su personalidad subjetiva, ya que el parámetro o módulo de esta última será siempre el del hombre medio.

#### 4.3. Ejecución de la orden.

##### 4.3.1.- El deber del examen.

Aunque en realidad es previa a la ejecución, creemos que es aquí donde ha de examinarse como condicionante de la misma.

Según registra DELITALA, la doctrina unánime advierte que no se dan órdenes absolutamente inexaminables, pues, por rígida que puede ser la disciplina jerárquica, el subordinado está obligado siempre al control de la ejecutoriedad de la orden, es decir, a verificar si la ejecución de la misma entra en sus atribuciones, si el superior es competente para impartirla y si la orden ha sido dada en la forma prevista por la Ley (93).

Pero, además, desde el momento en que se hace al inferior responder del cumplimiento de la orden manifiestamente delictiva, le atribuye poder de examinar la criminalidad de la orden.

Mas un derecho ilimitado de examen que, dentro de la Administración conduciría a una situación caótica al ponerla “patas arriba” según la certera

(92) MIR PUIG: *Op. cit.*, pp. 432-433.

(93) *Op. cit.*, p. 473.



expresión de LABAND (94) en los Ejércitos desembocaría en la anarquía e indisciplina y en consecuencia su capacidad combativa resultaría nula y, por ello, quedarían imposibilitados de cumplir las misiones asignadas por el ordenamiento jurídico. Ha sido, sin duda, tal consideración la que llevaría a HELMUTH MAYER a proclamar que “en la guerra sería más peligrosa una soldadesca sin freno que el abuso del poder de mando” (95) y a PORRES JUAN-SENABRE a la afirmación de que “para el Estado, es más importante la capacidad de combate del Ejército que su interés en el mantenimiento del orden jurídico” (96).

El inferior, por tanto, habrá de observar unos temperamentos o límites en su poder de examen. Desde luego lo que jamás se autoriza es el examen de la oportunidad de la orden (97). No se trata — según dice RODRÍGUEZ DEVESA — de que, el inferior pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía, sino de *examinar* en todo caso su legalidad. Ha de obedecer, pero no debe obedecer órdenes delictivas. Ambas cosas son compatibles (98).

Aceptar la interrupción constante de la acción del mando y transferir la decisión sobre el cumplimiento de las órdenes al inferior, supone la quiebra total e inevitable de la institución militar asentada sobre la jerarquía y la disciplina. De ahí que el inferior reducirá su examen a verificar — conforme a lo expuesto — si la orden queda comprendida en las relativas al servicio que le corresponde y si adopta la forma adecuada.

Si efectivamente se cumplen tales condiciones, la orden ofrece la presunción de legalidad y debe ser cumplida, salvo que concurra la causa obstativa de manifiesta criminalidad. Pero puede suceder que el inferior tenga dudas sobre cualquier extremo de los antedichos o sobre tal manifiesta criminalidad. En esta hipótesis y al amparo del artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, puede dirigirse al superior pidiendo los esclarecimientos pertinentes, siempre que “no perjudique a la misión encomendada”, es decir si, por las circunstancias de la misma, no la perturba el retraso que dicha petición conllevaría. En otro caso, cuando esas dudas no pueden formularse, el mandato ha de ser cumplido, a no ser que aparezca como manifiestamente delictivo.

(94) P. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 1876, p. 422 y GONZALO QUINTERO OLIVARES: *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, p. 75.

(95) Citado por PORRES JUAN-SENABRE en *Op. cit.* p. 139.

(96) *Loc cit.*

(97) R. VENDITTI: *I Reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* p. 240.

(98) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, p. 71 y MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* p. 208.

Si el superior ratifica la orden después de formuladas las dudas, puede acontecer que las mismas subsistan o que se ofrezca claro el carácter ilegítimo de la orden. Lo primero será frecuente sobre todo en los escalones inferiores de la jerarquía, donde no se tiene una visión global de la acción a desarrollar y donde incluso, en la situación de guerra, cabe exigir el sacrificio del destinatario de la orden y el de sus hombres para la salvación del conjunto a la consecución de un objetivo militar trascendente (99). Resulta claro que no es posible dejar a juicio de los escalones subordinados la conveniencia de una determinada maniobra táctica por salirse de la órbita de sus atribuciones.

BATTAGLINI defiende que la duda del subordinado sobre la criminalidad de la orden deja subsistente la responsabilidad de éste (100). Mas tal opinión es combatida por DELITALA, quien observa que el vínculo de la orden se esfumaría si la simple duda del inferior sobre su legitimidad basta para convertirla en inoperante. Decir que la duda deja subsistente la responsabilidad del ejecutor equivale a afirmar que es suficiente tal duda para desvanecer el deber de obediencia (101).

Si tal postura de DELITALA es certera en Derecho Penal Común, lo es mucho más en el Derecho Militar, donde —como se dijo— los escalones inferiores de la jerarquía ignoran en la mayoría de los casos el plan general de actuación y hasta los mismos objetivos perseguidos por el mismo y carecen, por tanto, del conocimiento completo de los datos fácticos idóneos para una certera valoración de la orden que puede llevar al sacrificio propio y de los hombres a su mando. La tesis de BATTAGLINI arruinaría la cohesión y eficacia de las Fuerzas Armadas, impidiendo llevar a cabo las misiones asignadas por el ordenamiento jurídico.

Pero es que, además, la duda excluye por definición el requisito de que sea “manifiesta” la criminalidad de la orden. Requisito que impone la certeza —no la simple opinión o creencia— sobre el carácter delictivo de la misma (102). Por ello, tal duda no es, por sí, bastante para destruir la presunción de legitimidad que conlleva la orden. De ahí que el subordinado ha de ejecutar la orden sobre la que alberga dudas acerca de su legitimidad o criminalidad, y queda amparado, cuando así obra, por la eximente. En caso de duda, no debe decidir el inferior sino el superior como registra MIR PUIG (103) El

(99) Es famosa, al respecto, la orden del general KLEBER al teniente coronel SCHOMARDÍN: “Toma una compañía de granaderos y detén al enemigo en ese barranco; tu morirás, pero salvarás a tus camaradas”. SCHOMARDÍN cumplió la orden, reteniendo al enemigo largo tiempo, aunque le costó la muerte propia y de la mayoría de sus hombres.

(100) GIULIO BATTAGLINI: *Diritto Penale*, Padua 1949, p. 320.

(101) *Op. cit.* p.474.

(102) MIR PUIG: *Op. cit.* p. 434.

(103) *Loc. cit.*

antedicho artículo 32 de las Reales Ordenanzas viene además a reforzar esta tesis, así como la importante sentencia de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de Junio de 1982. (104)

En todo caso que la orden aparezca manifiestamente delictiva no viene obligado a cumplirla y, a nuestro juicio, tampoco tiene siempre el imperativo legal de poner de manifiesto a su superior inmediato su objeción al respecto. Para determinar cuando ha de proceder así, habrá que ponderar todas las circunstancias que concurran a fin de decidir lo que aconseje la prudencia.

Finalmente, el superior, ante quien deben formularse las objeciones pertinentes al amparo del artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, será, según su propia dicción, el "inmediato superior" ésto es, aquel que representa el siguiente escalón en la cadena de mando al llamado a obedecer, sea o no el que dió la orden o quien se limitó a transmitirla (105).

#### 4.3.2.- *Acomodación a la orden.*

Para que el inferior obediente pueda ampararse en la eximente de Obediencia debida, ha de ajustar sus actos a la orden recibida. Cualquier traspaso de los términos de ésta no se halla cubierto por la eximente y se le imputará al ejecutor. La orden despliega sus efectos eximentes en todo lo que se acopla a la misma, no en lo que lo transgrede o no está previsto en ella (106).

(104) Dice tal sentencia: "Los acontecimientos de la noche del 23 y madrugada del 24 de febrero presentaron apariencias suficientemente confusas y expectantes para hacer dudar, incluso a mandos muy superiores de las decisiones o tomar, y, por ello, a dilatar su adopción en espera, de que la situación apareciese como clara y resueltamente decidida. Nótese que a ese nivel jerárquico de oficiales subalternos que incluso tuvieron contacto con mandos superiores de su propio Cuerpo (Guardia Civil) en el exterior del edificio, sin que, pasados los primeros momentos de confusión recibieran intimidación u orden en contrario— no es de extrañar que, en la duda, siguieran el criterio de continuar a las órdenes de los mismos superiores que les habían conducido a la acción y encuadrando en orden a la fuerza a ellos confiada para evitar cualquier desbordamiento y, por lo tanto, mayores males".

(105) Sorprende que nuestro prestigioso e indudablemente primer tratadista de Derecho Penal Militar contemporáneo formule la siguiente crítica al antedicho artículo 32 de las Reales Ordenanzas: "Sin aclarar si el inmediato superior es quién dió la orden, quién la transmitió o el superior de aquél que ordenó lo mandado".

El comentado artículo tiene un claro precedente en el artículo 12, título XVII, Tratado II, de las Reales Ordenanzas del Ejército de 1768, pero, aunque no fuera así, su dicción es inequívoca, pues el inmediato superior es siempre el que le precede en la cadena de mando, quién, si no fue el que dió la orden, deberá elevar la observación del inferior por el conducto reglamentario al mismo. Cfr: RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 275.

(106) QUERALT: *Op. cit.* pp. 244 y s.s.

Es frecuente, en tiempo de paz y sobre todo en guerra, que se imparta una orden, pero que la misma no prefije la modalidad de ejecución que queda a la prudencia o discreción del inferior. Incluso, en no pocas hipótesis, hay una cadena de órdenes, a través de la cual los escalones de mando sucesivos van desarrollando la del inmediato superior. Pues bien, de cada modalidad de ejecución fijada por los escalones inferiores responde quien la ha configurado con una nueva orden o quien la ha ejecutado en su caso. Y, si en el modo de cumplir cualquiera de esas órdenes, se incurre en algún abuso no previsto en la orden que se ejecuta, el mismo es imputable quien lo ordenó, o perpetró.

De ahí que los abusos del inferior, cuando cumple una orden no se hallan cubiertos por la eximente de Obediencia debida; resultan, pues, ilegítimos y contra los mismos procede la Legítima defensa.

Finalmente, se ha de registrar que esos actos abusivos del inferior pueden ser realizados dolosa o imprudentemente (107)

##### 5.- *Naturaleza Jurídica.*

En el Derecho Penal Militar se reflejan en cierto modo las principales posturas adoptadas en el Derecho Penal Común respecto a la naturaleza jurídica de la Obediencia debida. (108).

La tesis justificacionista puede considerarse mayoritaria y predominante dentro de la doctrina penal militar española, que atribuye a la eximente de Obediencia debida el carácter de causa de exclusión de la antijuridicidad de la acción del inferior. Así se inclinan por la misma PEDRO BUESA, DÁVILA y GARICANO y QUEROL. (109)

RODRÍGUEZ DEVESA, ante la fórmula del artículo 185, nº 12 del CJM de 1945 y sobre la base de que —a diferencia del C.P.— no admite la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, distinguió entre:

- a) Obediencia genuina a un mandato lícito, en que estamos ante una causa de justificación.
- b) Obediencia impropia, que comprende los supuestos de error y de coacción, a los que se refiere la segunda parte del antedicho artículo 185, nº 12, donde se concede un arbitrio judicial para determinar si es apli-

(107) QUERALT: Loc. cit.

(108) Una exhaustiva exposición de las principales posiciones doctrinales al respecto en el Derecho Penal puede verse en QUERALT: *Op. cit.* pp. 309 y ss.

(109) PEDRO BUESA PISÓN: *Comentarios al Código Penal del Ejército de 17 Noviembre de 1884*, Madrid 1884 p. 71; DÁVILA HUGUET, GARICANO GONÍ Y DÁVILA ZURITA: *Legislación Penal Militar*, Madrid 1946, p. 260 y FERNANDO QUEROL/ Y DURÁN: *Principios de Derecho Militar Español* Tomo II, Madrid 1948 p. 56.

cable la exigente conforme a las reglas fijadas en el citado artículo (110).

JIMÉNEZ DE ASÚA considera que lo que RODRÍGUEZ DEVESA llama obediencia "genuina" será efectivamente una causa de justificación, pero incluíble en la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo al que se refiere el artículo 185 en el nº 11. Mas el inferior que ejecuta una orden delictuosa no se podrá amparar ni en una justificación ni en un error, puesto que no le cubre la Obediencia debida. Pero el jefe autoritario puede obligar al subordinado a cumplir lo que le manda y, como las consecuencias de la obediencia son tan drásticas, el inferior, al hacerlo, está amparado por la violencia moral, por estado de necesidad inculparable o, si se quiere, por no poder solo exigir que no obedezca, aunque le conste lo injusto de lo mandado. Esto es, una causa de inculpabilidad. (111).

ANTON ONECA, también a la vista del párrafo segundo artículo 185, nº 12 del C.J.M. considera a esta exigente como causa de inculpabilidad, ya que "malicia" es, según nuestro Derecho, igual a dolo, luego la obediencia es causa de exclusión del dolo (112).

PORRES JUAN SENABRE no adopta una posición clara acerca de la naturaleza de esta exigente. Afirma que la tesis justificacionista "tropieza con el hecho de no poderse afirmar que el hecho sea justo: por eso se admite la Legítima defensa" contra el inferior que cumple la orden ilegítima. De ahí que, al igual que RODRIGUEZ DEVESA y JIMENEZ DE ASUA, distingue la obediencia a la orden justa, donde el carácter justificativo aparece claro y la obediencia a la orden ilegítima cuya impunidad la justifica en "un fundamento de política criminal que le aconseja (al legislador) que dentro de ciertos límites se mantenga la disciplina a costa de órdenes injustas". De ahí que aceptada —como hemos visto que hace— la posibilidad de Legítima defensa contra el subordinado obediente a una orden ilegítima por no ser el hecho justo parece que la tesis de PORRES JUAN SENABRE es la de considerar que en, esta segunda hipótesis, la Obediencia debida actúa como causa de exclusión de la pena (113).

QUINTANO RIPOLLES parte del dato de que el concepto de obediencia es único en lo civil y en lo castrense y no tiene posibilidad de operar si falta el requisito legal de que sea debida. En el ámbito penal común, ya había

(110) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, p. 72.

(111) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, Buenos Aires 1962, pp. 848-849.

(112) JOSÉ ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, tomo I, Madrid 1949, p. 274

(113) *Op. cit.* pp. 127-129.

advertido que, si exime, es porque la enmascara una apariencia de legalidad, es decir, cuando es referida a un formalismo legalista protegido por la subordinación jerárquica. Mas entonces hay un desplazamiento sensible hacia otra excusa más típica, la de la ignorancia, trastocando en absoluto la naturaleza de la Obediencia debida, ya que aquí sí entraría en juego la tesis de la inculpabilidad. En el ámbito penal militar, observa que el acto del inferior al cumplir una orden ilegítima no es plenamente punible si la desobediencia puede acarrearle fatales consecuencias, puesto que entonces entraría en juego, en vez de esta exigente objetiva, la psicológica y subjetiva de Miedo insuperable e, incluso, en casos extremos, la de Estado de necesidad (114).

Después de la reforma introducida, primero, por la Ley 9/1980, luego, por el Código Penal Militar de 1985, RODRÍGUEZ DEVESA se inclina, sin dudar, por la naturaleza justificacionista e igual parece ser el criterio de VALENCIANO ALMOYNA, aunque sin abordar directamente la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la exigente (115).

DÍAZ PALOS —que considera que la nueva fórmula aproxima el texto militar al artículo 369 del C.P. —sostiene que ello da lugar a una identidad en cuanto a la naturaleza jurídica de esta exigente en ambas parcelas jurídico-penales y la coloca dentro del campo de inculpabilidad sobre la base del error o coacción, entendida como no exigibilidad. (116)

MORILLAS, en cambio, entiende que la nueva fórmula no posibilita en nada el acercamiento de la Obediencia debida a las causas de inculpación, de manera contraria a lo que defendía para la exigente en Derecho Penal Común. La alusión a que no existe Obediencia debida cuando las órdenes entrañan la ejecución de actos que constituyan delito, desplaza el error sobre la legalidad de la orden y la ignorancia sobre su ilegalidad a la teoría general del error. Algo parecido sucede cuando el inferior conoce que lo mandado es delictivo, pero queda costreñido hasta tal punto por la orden que no encuentra otra posibilidad que obedecer, en cuyo caso se configura una causa de no exigibilidad, coacción o Estado de necesidad, pero no Obediencia debida (117).

En la ciencia penal alemana actual la postura mayoritaria considera a esta exigente como causa de inculpabilidad. Unos —como MAURACH ZIPF

(114) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1966, pp.144 y ss.

(115) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op.cit.* p. y VALENCIANO ALMOYNA. *Op.cit.* pp.96 y ss.

(116) *Op. cit.* p. 18.

(117) *Op. cit.* pp. 212-213. Escrito este trabajo antes de la aparición de la obra colectiva *Comentarios al Código Penal Militar* no se aludía a la postura de CALDERÓN SUSÍN, quien se decanta por considerar la Obediencia debida como causa de exculpación con base en el error y en la no exigibilidad de conducta. Cfr.: RAMON BLECUA, J.L. RODRIGUEZ VILLASANTE y otros: *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, p. 429

y WESSELS, LACKNER y ESSER estiman que el subordinado se halla incurso en un error exculpante (118). Otros, como ARDNT... las asientan en la situación conflictiva del agente, aludiendo el citado explícitamente a la coacción (119). OEHELER, HERZBERG y SCHMIDHAUSER hablan de colisión de deberes exculpantes (120).

SAUER adopta para el Derecho Penal Militar la misma solución que para el Derecho Penal. Mas ésta no se caracteriza precisamente por su claridad. De un lado, habla de “mandato obligatorio del superior jerárquico” y de otro dice que el ejecutor está libre de culpa, en la mayor medida posible a causa de la vinculación de carácter obligatorio igual que en la coacción. Finalmente admite, sin dudar, la Legítima defensa contra el ejecutor obediente a una orden ilícita. (121).

Por último, JESCHEK se revela justificacionista cuando se trata de faltas o contravenciones militares, mas, respecto a los delitos, se manifiesta exculpacionista, sobre la base de la lesión producida, sin tener en cuenta la actuación del obediente, lo cual le podrá suponer como mucho una causa de inculpabilidad (122).

La doctrina italiana, ante el régimen derogado del artículo 40 del Código Penal Militar de Paz y el vigente en la actualidad—artículo 51 del C.P.— ha sido unánime en considerar a esta eximente como causa de justificación que representa una subespecie de la de Cumplimiento de un deber (123).

A nuestro juicio, la posición correcta es la justificacionista. La exclusión de la punibilidad de quien obra en virtud de Obediencia debida no puede encontrar otro fundamento que el de la legitimidad de su acción.

Como registra DELITALA, cuando se concurre a la realización de un determinado hecho, que es obra de todos o de alguno de los concurrentes, la ilicitud de las singulares acciones de alguno de los partícipes resulta

(118) R. MAURACH y H. ZIPF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband II Heidelberg-Kahlsruhe, 1977, Munich 1974, continuado por TH. LACKNER, P. CRAMER, A. ESSER y W. STREE Munich 1980 y J. WESSELS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1981. p. 99.

(119) H. ARDNT: *Grundris des Wehstrafrechts* 1966, p. 50.

(120) D. OEHELER: *Handeln auf Befehl*, en *Juristische Schulung* 1963 p. 303; R.D. HERZBERG: *Mittel bare Taterschaft beis rechtmässig oder unverbotten handelorder Werkzeug*, Berlin 1967, pp. 44 y ss y EB. SCHMIDHAUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tubinga 1975, p. 324.

(121) GUILLERMO SAUER: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1956, p. 210-211.

(122) H. JESCHECK: *Anmerkung zum BGH 30-9-1960*, en *Juristenzeitung*, 1962, p. 30, *Trautado de Derecho Penal, Parte General*. vol I, Barcelona 1981, pp. 541 y 680-681.

(123) DELITALA *Op. cit.* pp. 467 y ss; CIARDI: *Op. cit.* pp. 195 y ss; VEUTRO: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*; pp. 183 y ss; VENDITTI: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*; pp. 206 y ss; P. DI VICO: *Della obbedienza gerarchica*, en *Revista di Diritto e de Procedur Penale Militare*, 1935, p. 81.

acción de cada partícipe no pierde su individualidad y su autonomía y puede así recibir una calificación jurídica distinta de la de los otros. Y ello no solo dentro del tema de la culpa sino también en el de la antijuridicidad. La pura y simple lesividad del hecho cometido en concurso no basta para determinar la ilicitud de las singulares acciones de alguno de los partícipes. Y, si no obstante tal lesividad, la acción de alguno de los participantes resulta autorizada o impuesta inequívocamente por una norma jurídica resultará absurdo calificarla de antijurídica (124).

Ya hemos visto como la orden es el eje de la dinámica de la obediencia. Y, si la orden es ilegítima, así permanecerá siempre. Más es necesario romper la unificación de la valoración jurídica de las acciones del superior que la imparte y del inferior que la ejecuta porque cada una de ellas conserva su autonomía. De ahí que —según sostienen con acierto, entre otros, GIMBERNAT y QUERATL— se exige distinguir entre la conducta de ambos polos personales de la relación de subordinación: el superior responderá siempre de haber impartido la orden ilegítima y el inferior de la ejecución de la misma cuando tal ejecución —no la orden— sea antijurídica. La impartición de la orden y el cumplimiento de la orden —registra BELLING— constituyen dos acciones a separar tajantemente (125).

Por lo tanto, la aplicación o no de la eximente ha de fijarse dirigiendo la mirada sobre la acción del subordinado, con absoluta autonomía e individualidad respecto a la acción del que impartió la orden, lo cual, aunque represente un punto de referencia obligado para toda relación de subordinación, no basta para viciar de ilegitimidad a la misma en las actuaciones respectivas de sus dos polos personales. Se trata lisa y llanamente —como registra QUERATL— qué y cuánta relevancia penal tiene la acción del obediente. Por ello, las tachas en que puede incurrir el superior u ordenante, de la orden, no deben afectar, por sí solas, a la legalidad de ejecución, dado el principio del moderno Derecho Penal consistente en la personalidad e intransferibilidad de la responsabilidad criminal.

Ahora bien, enfocado el punto de mira solo hacia la conducta del inferior obediente, no hay que olvidar que, a quien se incorpora a las Fuerzas Armadas, voluntaria o forzosamente, se le impone, por el orden jurídico, el deber legal de obedecer a sus superiores jerárquicos. Deber legal que es una consecuencia del orden jerárquico que, al establecer la división de funciones, asegura la eficacia de las Fuerzas Armadas y, al imponer simultáneamente

(124) *Op. cit.* p. 468

(125) QUERALT: *Op. cit.* p. 340 E. GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, Madrid 1979 p. 679 p. 679; E. BELLING: *Die lehre von Vervrecher*. Tubinga 1906 pp. 177 y ss.



la disciplina, garantiza la cohesión entre sus miembros, que asimismo es, a su vez, condición de la eficacia necesaria para que los Ejércitos puedan cumplir la misión que les asigna la Constitución Española. De ahí que, admitida la necesidad de tal división de funciones y de la disciplina en las Fuerzas Armadas, su legitimación, y con ella la de la punibilidad de la Desobediencia, viene sustentada sobre la función de proteger al potencial bélico del Estado y, por tanto, sobre la salvaguardia de los fines de los Ejércitos como institutos básicos del Estado español.

El militar, pues, que obra conforme al deber de obediencia que le exige el orden jurídico, obra legítimamente. Quien ajusta su actuación a lo que del mismo requiera el Derecho ha de hallarse justificado. Como observaba DELITALA, —y ya registramos—, resultaría absurdo calificar de antijurídica la acción impuesta inequívocamente por la norma jurídica. Es más — afirma aquel— la acción conforme a deber es el prototipo de acto lícito (126).

La justificación del militar se produce con independencia del resultado producido por su acción obediente. La lesividad o peligro que comporte eventualmente para bienes jurídicos ha sido ya prevista por el legislador responsable, al incluir el deber de obediencia dentro del catálogo de los que tiene que observar el militar. Y éste, cuando obra de conformidad con el mismo, no puede sino verse justificado antes que ningún otro sujeto si se ponderan sobre todo los sacrificios que pueden llegar a requerírsele, en virtud de tal deber, que incluyen hasta el de la propia vida. No cabe pedírsele que lo cumpla, con tal cúmulo de penalidad y abnegación como son las inherentes a la deberidad militar, para luego reprocharle la ilegitimidad de su obediencia (127).

Los no justificacionistas —como argumenta QUERALT— no logran desvirtuar la radical objeción que formulara RAMM: no pueden explicar por qué el cumplimiento del deber no justifica. Cabría argumentar que contra lo que normalmente se supone, cuando el legislador habla de deber, no habla de deber, sino de otra cosa, de coacción o de miedo por ejemplo. Pero ésta presunta equivocidad terminológica nadie la ha sostenido, puesto que, si así se hubiere razonado, ello vulneraría las más elementales normas de la hermenéutica al rebasar el sentido literal posible del sustantivo “deber” (128).

Los requisitos y con ellos los temperamentos a que ha de sujetarse el deber obediencia, para actuar como causa de justificación, han sido examinados ya. Cuando los mismos concurren y la orden reúne las condiciones exami-

(126) *Op. cit.* p. 467.

(127) Cfr. QUERALT: *Op. cit.* p. 416.

(128) *Op. cit.* p. 419.

nadas, está amparada por una presunción de legitimidad cuya base es la confianza. No es dable en los Ejércitos que el subordinado desconfíe sistemáticamente de las órdenes superiores. Admitirlo, sería arruinar la disciplina y con ella la propia institución armada. Ninguna persona responsable acepta la tesis de las "bayonetas razonables". La confianza, pues, permite que las relaciones entre superior e inferior se desarrollen sin fisuras perturbadoras y que los actos de ejecución de los mandatos del superior, salvo excepciones, se cumplimenten sin ulteriores reproches jurídicos. Lo normal es que la orden reúna los requisitos para que despliegue aquella presunción de legitimidad y que, en consecuencia, ha de ser cumplida. De este modo, el militar que cumplimenta una orden amparada por tal presunción, una orden que desde una perspectiva *ex-ante* es ajustada a Derecho, resulta justificado, aunque luego se manifiesten como lesivos o peligrosos para un bien jurídico los efectos de su realización. Pero —según registra QUERALT— *ex-ante* tal posibilidad no puede ser entrevista, dadas las propiedades que la confianza en la legitimidad despliega. Hablar al tiempo, por tanto, de presunción de legitimidad y de inculpabilidad es un contrasentido (129).

Creemos, por ello, que la eximente de Obediencia debida o es una causa de justificación o no es nada como sostiene QUERALT (130) con quien, expresa o implícitamente, vienen a coincidir al respecto incluso no pocos antijustificacionistas. De no admitirse la justificación se produciría un desplazamiento hacia la teoría de error, del Miedo insuperable, del Trastorno mental transitorio o del Estado de necesidad exculpante, vaciando a la eximente del nº 12 del artículo 8 del C.P. de contenido (131).

Aparte de que los interesantes estudios de ROSTECK prueban que, en el ámbito castrense, el inferior tiende a negarse a cumplir la orden en la medida en que su ejecución entraña peligro para él, mas, en cambio, suele cumplirla, a sabiendas de su ilegitimidad, cuando no conlleva un peligro específico para sí mismo (132). De ahí que —según comenta QUERALT— de no admitirse la justificación, acabaría por ser un simple refugio de pusilánimes, lo que

(129) QUERALT: *Op. cit.* p. 421.

(130) *Op. cit.* p. 393.

(131) Así QUINTERO OLIVARES concluye desde su postura antijustificacionista: "¿Para que sirve entonces la Obediencia debida? ¿Acaso es para eximir de pena a quien sin error, ni miedo, ni necesidad cumple una orden tan ilegal que es delictiva a pesar de que hubiera podido no hacerlo? ¿Acaso es para eximir de pena a quien cumple un mandato ajustado a derecho que no precisa invocar eximentes?. La única respuesta posible lleva a la tesis de la supresión."

MORILLA CUEVA, que considera superflua esta eximente, también acaba pidiendo su supresión. Cf. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal, Parte General* Barcelona 1986, p. 504 y L.

MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* pp. 217-218

(132) H. ROSTECK: *Derrechtlich unverbindliche befehl*, 1971

desde luego resultaría incompatible con la propia existencia y dinámica de una institución— los Ejércitos— que presupone, por ser inherente a la misma, el valor de sus hombres como uno de sus pilares imprescindibles (133).

La Obediencia debida es una causa de justificación que aparece como una subespecie de la de Cumplimiento del deber. La doctrina penal italiana — dada la regulación inequívoca al respecto de su Código Penal y de su Código Penal Militar de Paz— no vacila al incluirla dentro de la eximente mas genérica de Cumplimiento del deber (134). En España, aunque el Derecho positivo no ofrece la misma base legal, no hay duda de que ha de brindarse la misma solución, sobre todo en Derecho Militar, dado que el deber de obediencia —como registraba antaño ALEJANDRO DE BACARDI y recuerda ahora VALENCIANO ALMOYNA (135) — es un deber que “se halla prescrito en muchos artículos de la Ordenanza, así como en los Reglamentos por los que se rigen o gobierna la milicia y otros institutos militares”.

El deber de obediencia jerárquica militar es inherente a la institución castrense y está expresamente impuesto por la Ley. Quien imparte la orden no hace más que actualizarlo, dar lugar a que se inicie su dinamismo, pero el deber existía ya antes de impartir la orden— cuya función es la de activarlo— impuesto por el orden jurídico militar. De ahí que el superior, al dar la orden, no crea el deber de obediencia, se limita a poner el condicionante que lo hace actuar y quien obedece se limita a cumplir con un imperativo obligacional previsto por la norma jurídica, según ya registramos antes.

## 6. Cuestiones que plantea la Obediencia debida.

### 6.1. Participación.

El superior que da la orden antijurídica, aunque no manifiestamente criminal, es siempre responsable de la misma. El problema a dilucidar es el título con que cabe imputarle el delito cometido por el subordinado, no habiendo unanimidad en la doctrina al respecto.

(133) QUERALT: *Op. cit.* p. 393.

(134) Cfr. Artº 51 del C.P. y el artº 40 del C.P.M. de Paz (derogado este por la Ley de 11-VII-1978).

(135) ALEJANDRO DE BACCARDI: *Nuevo Colón o sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, tomo III, Barcelona 1878, p. 730 y VALENCIANO ALMOYNA: *Op. cit.* p. 97. Por ello, de suprimirse la Obediencia debida como eximente específica según prevé el art. 19 del Anteproyecto del Código Penal elaborado por el Ministerio Múgica en 1990 - aparte de representar un importante yerro legislativo, no impedirá que la Obediencia debida siga jugando su papel

Una primera postura lo considera inductor. Pero la misma corresponde mas bien a la tendencia que incluye la inducción entre las formas de autoría y no armoniza con la moderna y dominante en nuestro Derecho Penal contemporáneo, que incluye la inducción en la participación, no en la autoría. Conforme a la misma y al principio de accesoriadad limitada, que rige el Derecho Penal español, al no ser antijurídica la acción del autor principal, resulta imposible hablar de participación por inducción en la misma (136).

Además, si la nota distintiva de la inducción es provocar la resolución criminal en el autor principal, de quien obra justificadamente y por tanto ignora que comete un delito, resulta imposible hablar de resolución criminal (137).

De ahí que nos inclinemos por la fórmula de la autoría mediata, en virtud de la cual el hombre de atrás se sirve de un instrumento justificado: el inferior obediente. Tal fórmula autoriza a imputar la acción del ejecutor subordinado al hombre de atrás, ésto es, al superior como autor único y responsable. El autor mediato es el que realiza el tipo siquiera sea a través de otro, por lo que su consideración de autor se desprende directamente del tipo correspondiente de la Parte Especial. Es, por tanto, un caso de autoría mediata a través de un instrumento que obra justificado (138).

En la hipótesis de que la orden sea manifiestamente criminal y el subordinado esté conforme en llevarla a cabo, en connivencia o sin ella con el superior, ambos serán coautor o autor, directos, respectivamente.

Los terceros, que cooperan con el subordinado obediente suponiendo la legitimidad de la orden, quedan también justificados si lo hacen a iniciativa de éste (139). Mas, si obran *motu proprio*, se someterán a las reglas generales de la participación y no a las de la obediencia (140).

Cuando obran de mala fe y conocen la criminalidad manifiesta de la orden responderán de modo paralelo a los subordinados obedientes (141).

## 6.2. El Error en la Obediencia debida.

El error puede entrar en juego, con relación a esta eximente, incidiendo sobre la misma, lo que puede dar lugar a importantes efectos sobre la

eximente a través del cumplimiento de un deber con los requisitos aquí señalados.

(136) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid 1981 pp. 758 y ss.

(137) H.H. JESCHECK: *Op. cit.* vol II, 1981 pp 925 y ss y QUERALT: *Op. cit.* p. 431.

(138) MIR PUIG: *Op. cit.* p. 438

(139) QUERALT: *Op. cit.* 432

(140) JESCHECK: *Op. cit.*, vol I p. 540

(141) QUERALT: *Op. cit.* 432

responsabilidad criminal de los intervinientes.

No ha de perderse de vista que se está en una parcela donde —según expone JESCHEK— para el subordinado, es decisiva la confianza en la autoridad superior y el hábito de la obediencia, corriendo la responsabilidad de la corrección de los mandatos impartidos, en principio, a cargo exclusivo generalmente del superior (142).

En primer término, puede ocurrir que el error concorra en el superior que dá la orden manifiestamente antijurídica penal; ésto es, que el mismo ignore tal antijuridicidad de la orden y crea que la misma es legal y que está autorizado a dictarla.

En tal hipótesis, nos hallaríamos ante el supuesto previsto por el artículo 6 bis a) párrafo 3º del Código Penal y el mismo obrará bajo los efectos de la eximente putativa del artículo 8 nº 11 del Código Penal. Si en cumplimiento de la misma, desarrollara la conducta prevista en el artículo 105 del Código Penal Militar, entra en juego aquel artículo 6 bis a) para eximir de responsabilidad si el error era invencible o atenuarla (143) si no lo era y se cometiera alguno de los resultados lesivos del artículo 104 del Código Penal Militar, pues, en los demás casos, quedará impune al no admitirse la forma culposa de comisión.

Pero el error puede incidir también y será el caso mas frecuente sobre el subordinado ejecutor de la orden.

El subordinado puede creer erroncamente que tiene el deber de cumplir toda orden del superior jerárquico militar. Unicamente —explica JESCHEK— el subordinado que creyese que una orden justifica todo hecho bajo toda circunstancia —“una orden es una orden”— constituirá un error de prohibición que, en todo caso, no podría estimarse en la actualidad como invencible.

En tal caso y aunque se considerase como vencible dicho error, el hecho perpetrado bajo su influjo quedaría impune si no admitiera la forma culposa, ya que —como registra a nuestro juicio con acierto RODRÍGUEZ DEVESA— la prohibición establecida por el artículo 21 del Código Penal Militar de apreciar la obediencia como atenuante se refiere a la admisión de la eximente incompleta — C.P. artículo 9 nº 1 — no al error, separado legalmente — artículo 6 bis a) del Código Penal— del catálogo de eximentes (145).

(142) *Op. cit.* vol I, p. 678

(143) Aplicando el artº 66 del C.P.

(144) *Op. cit.*

(145) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 288.

De ahí, que, quien así obrase, se beneficiaría de la aplicación del artículo 6 bis a) párrafo último del C.P. y sólo sería penalmente sancionado si el delito perpetrado permite la forma culposa.

El subordinado sabe que no puede cumplir la orden que constituye manifiestamente delito, pero cree que la ejecutada no entra dentro de tal prohibición. En tal caso, la solución también es la aplicación del último párrafo del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es invencible, quedará exento de pena y, si es vencible, solo será punible cuando lo sea el delito cometido en su forma culposa.

Por otra parte, tanto el superior, al dar la orden como el subordinado al cumplirla, pueden obrar en la creencia errónea de que la misma es manifiestamente constitutiva de delito. En tal caso, nos encontraríamos ante una hipótesis de delito imaginario, esto es, de error "al revés" que carecería de interés punitivo por tratarse de un hecho atípico (146).

### 6.3. Obediencia debida y Legítima defensa

En la hipótesis de que el ejecutor de la orden cumpla la misma que es penalmente antijurídica, pero no de forma manifiesta, actúa bajo el amparo de la causa de justificación de Obediencia debida —y aquí se registra la trascendencia de considerar a esta causa de justificación o de inculpabilidad— y, por tanto, no cabe contra su acción la Legítima defensa, al faltar el requisito de agresión ilegítima. De ahí que aquél contra quien se actúa no puede invocar tal eximente de Legítima defensa, aunque, naturalmente, si puede alegar la de Estado de necesidad en la hipótesis de concurrir los requisitos del artículo 8, nº 7 del Código Penal (147).

Pero puede suceder —según explica MIR PUIG— que el superior que da la orden, con plena conciencia de su carácter delictivo, se sirva del subordinado ejecutor, porque tal orden no es manifiestamente delictivo. Según registra MIR, la subsistencia de la antijuridicidad en la orden del superior no constituye ningún obstáculo para admitir la justificación de la conducta del subordinado que la cumple en virtud de Obediencia debida. No obstante, la ejecución de la orden del superior integra una agresión ilegítima de éste contra la persona sobre quien recae. Agresión ilegítima que se perpetra a través de persona que no actúa antijurídicamente. De ahí que no cabe, contra ésta, la Legítima defensa, sino contra el que actúa antijurídicamente, contra el superior y, si —como es lo normal— se reacciona contra el ejecutor de la

(146) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Parte General*, pp. 665 y ss

(147) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 285.

orden que obra lícitamente, solo cabe repeler su agresión dentro de los límites del Estado de necesidad según ya vimos. No sería justo —dice MIR— admitir otra solución que diese preferencia al agredido por una orden, cuando el que la ejecuta se halla obligado por la Ley a hacerlo (148). De ahí que éste ha de ser el protegido en primer término. Aparte de que, de admitirse la Legítima defensa, se dejaría en manos del individuo sobre el que recae la acción del obediente, la decisión de cuándo una orden ha de ser desobedecida de modo general y violento. Ello no puede sino llevar al caos y evitar llegar a él, es una de las misiones de todo ordenamiento jurídico mediante razonable.

Finalmente, en todos los caos que hemos visto de error exculpante, si la ejecución de la orden entraña manifiestamente delito, se está ante una acción objetivamente antijurídica y, por tanto, en su caso, ante una agresión ilegítima, frente a la cual, la persona sobre quien recae— o sus parientes o extraños— tienen el derecho a reaccionar a través de la Legítima defensa del artículo 8 nº 4 del Código Penal y a lograr el amparo de tal eximente. Todo ello con independencia del problema de la responsabilidad del subordinado ejecutor y agresor, que puede —según comprobamos— ser declarado no culpable.

Desde luego no cabe descartarse la Legítima defensa— y Estado de necesidad putativo— si *ex-ante* la persona sobre quien recae la acción del obediente, con los conocimientos del ciudadano medio situado en su posición, llega a la convicción de que una u otra es la que procede respectivamente. Al darse un error invencible sobre el presupuesto de una causa de justificación, conforme al artículo 6 bis a) del C.P. excluiría la responsabilidad criminal. Si fuera vencible, se aplicaría el artículo 66 si se trata de delito cuya comisión resulte posible por imprudencia, y, sin no lo fuese, quedaría impune.

#### 6.4. *Concurrencia de otras eximentes.*

Cuando la orden entrañe manifiestamente delito, no quiere decir que el subordinado ejecutor quede completamente inerte ante la exclusión de los efectos atenuatorios o eximentes de la Obediencia debida. QUINTANO, RODRÍGUEZ DEVESA y la mayor parte de la doctrina están acordes en que ello no excluye la apreciación de otras eximentes. Así, como observa QUINTANO RIPOLLES, puede, a no dudarlo, entrar en juego el Estado de necesidad; o practica la detención o será a su vez detenido; o forma parte del

(148) MIR PUIG: *Op. cit.* p. 439

pelotón de fusilamiento o será, su vez, fusilado (149) y RODRÍGUEZ DEVESA invoca los anteriores ejemplos, que, asimismo, pueden justificar la alegación del Miedo insuperable cuando inspiraran un temor que pueda resultar encuadrable en el artículo 8 nº 10 del Código Penal (150).

En cambio, no cabrá aplicar la exigente de Cumplimiento de un deber del artículo 8 nº 11 del Código Penal, ya que, siendo, en realidad —según vimos— la Obediencia debida una especificación de tal exigente, una concreción de ella, de forma que, si la Ley penal prescindiera del nº 11 del mismo, si no existe la misma, desaparece el deber de obedecer y, por tanto, resultarán inaplicables tanto el número 12, como el 11, del tantas veces citado artículo 8.

Pero, si se suprime la Obediencia debida, ésto es, el nº 12 del artículo 8, la misma siempre entrará en fuego a través del nº 11, es decir, a través de la exigente de cumplimiento de un deber.

#### 6.5.- *Responsabilidad Civil.*

Finalmente, hemos de advertir que el artículo 20 del C.P. no menciona al inferior obediente entre los responsables civiles, confirmando así el carácter de causa de justificación de la exigente (151).

(149) *Comentarios al Código Penal*, p. 148.

(150) *Op. cit.* p. 287.

(151) QUERALT: *Op. cit.* p. 449 y ss.



**LA LEY 17/ 1989, DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL  
REGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL  
(LEY DE LA FUNCION MILITAR)**

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO  
*Doctor en Derecho, Coronel Auditor.*

**1. FUNCION MILITAR Y CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Precedida de una cuidada elaboración en el Ministerio de Defensa y después de una rápida tramitación parlamentaria (1) presidida por un reconocido consenso, se ha promulgado recientemente la Ley 17/ 1989, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, conocida como Ley de la Función Militar, denominación inicial del Proyecto de Ley que ha hecho fortuna en su ámbito de aplicación y que, además, describe su propósito normativo con mayor rigor que la expresión —algo redundante— adoptada finalmente.

Así, se sacrificó al consenso (2) el “*nomen legis*”, pero se mantuvo en el artículo 1 de la Ley la definición de “**FUNCION MILITAR**” —verdadero fundamento de la norma— y éste mismo concepto se reitera en el Preámbulo y en diversos preceptos de su parte dispositiva (artículos 1 y 4, epígrafe del Título Primero: “Órganos superiores de la función militar”).

La primera reflexión que plantea la lectura del Preámbulo de la Ley 17/ 1989 y el contenido de su artículo 1 (definición de “función militar”) es la incidencia de esta norma —al hilo de la regulación del “status” del militar profesional— sobre una cuestión de gran importancia: la naturaleza o caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas, para decirlo con la terminología

(1). Ver Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 194, Sesión Plenaria núm. 187, jueves 11 de mayo de 1989 y Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 126, miércoles 28 de junio de 1989.

(2) Ver la intervención del Sr. Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones núm. 194, cit. pág. 11102) y la del diputado Sr. TRILLO Y LOPEZ MANCISIDOR en la misma sesión (D.S. núm. 194, cit., pág. 11095).

más actual (3). En efecto, dice el aludido Preámbulo: "En la condición militar, con independencia del Ejército al que se pertenezca, confluyen dos grandes campos diferenciados por la naturaleza de su contenido. El primero incluye los principios relacionados con las características de las Fuerzas Armadas, especialmente los referidos a las relaciones de disciplina y jerarquía, y las reglas en las que se sustentan; también abarca lo relacionado con la justicia militar y el régimen disciplinario de los Ejércitos. El segundo comprende lo relativo al ejercicio de la función militar que, como actividad pública peculiar, exige la ordenación del "status" profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas" (4).

Y, a continuación, el artículo 1 de la Ley define así la función militar: "La función militar es un servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del Gobierno, para cumplir la misión definida en el artículo 8.1. de la Constitución".

Así pues, es propósito de la norma —confesado también en el mencionado Preámbulo— "definir el marco global de la función militar plasmado en esta Ley" y, por ello, cabe preguntarse si el legislador al diferenciar en la condición militar "los principios relacionados con las características de las Fuerzas Armadas" (relaciones de jerarquía y disciplina, justicia militar y régimen disciplinario de los Ejércitos) del ejercicio de la función militar —ha asumido la tesis de que la "función militar" (como actividad pública peculiar) se integra plenamente en la Administración del Estado (bajo la dirección del Gobierno, que ejerce la plena disponibilidad de los Ejércitos), sin desconocer las consecuencias que se derivan del carácter institucional de las Fuerzas Armadas.

Planteadas así la primera finalidad de la Ley ("tarea fundamental en la presente Legislatura") debemos destacar que —pese a las críticas adversas (5)— la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas (otra cosa es,

(3) LOPEZ RAMON, Fernando: "La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas", Madrid 1987.

(4) SUAREZ PERTIERRA, Gustavo: "Prólogo" de la publicación "Legislación sobre Defensa Nacional", Tecnos, Madrid 1988.

VERTAMBIEN, "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1988. El Tomo IV contiene la conferencia de SUAREZ PERTIERRA "Regulación Jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas" y comunicaciones de ALONSO BAQUER, BALADO, CALONGE VELAZQUEZ, CALVO CORBELLA, DUQUE VILLANUEVA, ELORRIAGA FERNANDEZ, GUAITA, LOPEZ-MEDEL, LOPEZ RAMON, LOUSTAU FERRAN, MARTI COLL, MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, MARTINEZ-VARA DEL REY, MATEO LAGE, MORALES VILLANUEVA, PELLON RIVERO, SANCHEZ AGESTA, VILLAGOMEZ, FERNANDEZ SEGADO, DOMINGUEZ BERRUETA, SANCHEZ-FERNANDEZ Y FERNANDO PABLO.

(5) Ver, LOPEZ RAMON: "La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas", ob. cit. págs.

como veremos, el alcance de este concepto) se sostiene desde el punto de vista de la sociología militar (6), de las construcciones doctrinales (7) y del ordenamiento jurídico español. En efecto, no se puede dejar de reconocer—salvo que se quiera negar una realidad o vaciar de contenido los preceptos constitucionales— que en los artículos 8.1., 62 h), 97 y 117.5 de la Constitución, en los artículos 2, 4, 5 y siguientes, 14, 23 y 40 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 (modificada por Ley Orgánica 1/1984) y en los artículos 1, 2, 3, y 4 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, hay base normativa suficiente para caracterizar a las Fuerzas Armadas como una Institución del Estado de carácter instrumental que, bajo la dirección del Gobierno, presta un servicio

361 y ss. BARCELONA LLOP, Javier: "La organización militar: apuntes jurídicos-constitucionales sobre una realidad estatal", en Revista de Administración Pública, nº 110 (1986), págs. 55 y ss. BLANCO VALDES, Roberto L.: "La ordenación constitucional de la Defensa", Madrid, 1988, págs. 61 y ss.

GUAITA, Aurelio: "Los derechos fundamentales de los militares" en "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", ob. cit. págs. 2.567 y 2.568. En la misma obra, DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, SANCHEZ-FERNANDEZ DE GATTA Y FERNANDO PABLO: "El Control Jurídico-constitucional de la transición militar", pág. 2.960 y ss. El Rector de la Universidad de Friburgo (Suiza) Teniente Coronel del Cuerpo de Justicia Militar, Augustin MACHERET, estudiando los fundamentos constitucionales de la defensa nacional en Suiza, expone la necesidad de superar una Constitución (1874) esencialmente centrada en una visión estrechamente militar de la defensa armada, definiendo una concepción global de la defensa. Una política de seguridad nacional comprende las siguientes actividades: buenos oficios, participación en operaciones en favor de la salvaguarda de la paz, participación en acciones humanitarias, protección militar de conferencias internacionales en favor de la paz, sostiene la Cruz Roja Internacional, ayuda en caso de catástrofes y situaciones de crisis, investigación en materia de paz y polemología, afirmación y respecto de los Derechos del hombre y cooperación internacional para el desarrollo. La defensa militar es un elemento —entre otros— de una política global de seguridad y mantenimiento de la paz, como la protección civil, la defensa nacional económica o la protección de los bienes culturales. MACHERET, AUGUSTIN: "Les fondements constitutionnels de la défense nationale", en "DIE SCHWEIZERISCHE MILITÄRJUSTIZ. LA JUSTICE MILITAIRE SUISSE", ENTICULARIS, ÖPFIKON, 1989, págs. 44 y 45).

(6) Ver las aportaciones de MORRIS JANOWITZ, CHARLES C. MOSKOS, SAMUEL P. HUNTINGTON y BENGT ABRANHAMSON en el libro de BAÑON, Rafael y OLMEDA, José Antonio: "la institución militar en el Estado Contemporáneo", Madrid 1985. También puede consultarse el libro colectivo, editado por LUIS PRIETO Y CARLOS BRUQUETAS: "Libertad Públicas y Fuerzas Armadas", Madrid 1985.

(7) LANDI, Guido: "Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare", Milán, 1976, pág. 5. Del mismo autor: Voz "Forze Armate" en Enciclopedia del Diritto, tomo XVIII (1969) págs. 21 ss. VENDITTI, Rodolfo: "Il Diritto Penale Militare nel sistema penales italiano", Milán, 1978, págs. 2 y 3. MAGGIORE: "Diritto e proceso nell'ordinamento militare", Nápoles 1967. VICO: Voz "Diritto penale militare" en Enciclopedia del diritto penale italiano. BACHELET, Vitorio: "Disciplina militares, e ordinamento giuridico statale", Milán 1962, págs. 10 y ss. PECCHIOLI y BOLDRINI: "Le istituzioni militari e l'ordinamento costituzionale", Roma 1974. TATTOLI, Giuseppe: Voz "Forze armate" en Novissimo Digesto italiano, tomo VII (1968), págs 607 y ss. QUEROL y DURAN, Fernando de: "Principios de Derecho militar español", Tomo I, Madrid 1946, pág. 93. CASADO BURBANÓ, Pablo: "Las Fuerzas

a la comunidad nacional realizando una actividad pública peculiar: la función militar.

## II. LOS LIMITES DE LA INSTITUCION MILITAR

Quizás nadie ha expresado mejor que LANDI (8) los límites de las Fuerzas Armadas como institución del Estado. Dice, en síntesis, este autor que las Fuerzas Armadas son una institución, no un sujeto de derecho (ni un poder del Estado) y, por tanto, no existe una voluntad de las FAS distinta de la voluntad del mismo Estado como poder político jurídicamente organizado. Y por ello: a) Las normas de las FAS no son una manifestación de su autonomía, sino partes del ordenamiento jurídico del Estado, subordinadas a los mismos principios constitucionales y emanadas del poder legislativo o reglamentario (Gobierno). b) Los órganos políticos, administrativos y técnicos de las FAS forman parte del poder ejecutivo del Estado (subordinación al Gobierno como poder Ejecutivo y órgano superior de la Administración del Estado). c) La Justicia Militar forma parte, como jurisdicción especial, del Poder Judicial del Estado.

Sólo esta concepción de las Fuerzas Armadas, reconocida explícitamente por nuestro ordenamiento (artículo 1 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: "...regla moral de la Institución militar"),

Armadas en la nueva Constitución española", en Revista Española de Derecho Militar, nº 36 (Julio-Diciembre, 1978). Del mismo autor: "Iniciación al Derecho constitucional militar", Madrid, 1986. TRILLO-FIGUEROA y MARTINEZ-CONDE Federico: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española en el nº 12 de la Revista de Estudios Políticos y Nº 38 de la Revista Española de Derecho Militar (Julio-Diciembre, 1979). SERRANO ALBERCA. José Manuel: Comentario al artículo 8 en "Comentarios a la Constitución", de F. GARRIDO FALLA, Madrid, 1980, págs. 88 y s.s. LOPEZ GARRIDO, Diego: "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en Revista de Administración Pública, números 100-102, págs. 952 y ss. BALLBE, Manuel: "Orden Público y militarismo en la España constitucional" (1892-1983), Madrid, 1983, págs. 464 y 486. FERNADO PABLO, Marcos MM.: "Ejército, policía, y libertadsindical", en Revista de Política Social, nº 144 (Octubre-Diciembre, 1984), pág. 105 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", en Revista Española de Derecho Militar, nº 44-50 (1.987) Págs. 89 y ss. FERNANDEZ FLORES, José Luis: "Los fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático de derecho", en la obra colectiva "Libertades Públicas y Fuerzas Armadas", Madrid 1985, pág. 267 y ss. MUÑOZ ALONSO, José Manuel: "Derecho Administrativo Militar", Tomo I, Madrid, 1989, Págs. 37 y ss. SANCHEZ AGESTA, Luis: "Constitución española, Edición comentada" Madrid 1979, págs. 35. BLANCO ANDE, Joaquín: "Defensa Nacional y Fuerzas Armadas", Madrid, 1987, págs. 144 y s.s. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: "El Código Penal Militar", en Revista General de Derecho nº 499 (Abril, 1986), Págs. 1258 y ss. MARTINEZ LOPEZ MUÑOZ, JOSE LUIS: "FUERZAS ARMADAS Y ADMINISTRACION PUBLICA" en "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", ob. cit. págs. 2720 y ss.

(8) LANDI, Guido: "Manuale di Diritto e di procedura penale militare", Milán 1976, págs. 5 y 6.

puede explicar la ubicación de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar (artículo 8) de la Constitución (elaborado por consenso de las fuerzas políticas más representativas), la titularidad regia del Mando Supremo de las FAS —algo más que una potestad meramente simbólica (9)—, la composición de los Organos Superiores de la Defensa Nacional (S.M. el Rey, las Cortes Generales, el Gobierno, el Presidente del Gobierno, la Junta de Defensa Nacional, el Ministro de Defensa, la Junta de Jefes de Estado Mayor, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y los Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos), las facultades del Presidente del Gobierno (dirigir la política de defensa, ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas y la dirección de la guerra), las facultades que se pueden delegar en el mando militar al declararse el estado de sitio, la propia existencia de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, (artículo 117.5 de la Constitución) y , en general, el contenido de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Todas las características que conforman a esta institución del Estado (si bien no se trata de una Institución Suprema del Estado, ni —como es obvio— de un órgano constitucional) inciden en el específico “*status*” propio de la condición militar, hasta el punto de que la Ley 17/1989, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, excluye de su campo de aplicación (por tratarse de un campo diferenciado por la naturaleza de su contenido) “los principios relacionados con las características de las Fuerzas Arma-

(9) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, en el Prólogo del libro “La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas” de Fernando LOPEZ RAMÓN, ob. cit., págs. XXII, XXIII y XXIV. HERRERO DE MIÑON, Miguel: “El Rey y las Fuerzas Armadas”, en Revista del Departamento de Derecho Político de la Universidad a Distancia, nº7 (1980), págs. 39 y ss. SANCHEZ AGESTA, Luis: “Constitución española”, 1979, pág. 35. CASADO BURBANO, Pablo: “Iniciación al Derecho Constitucional militar”, Madrid, 1986, págs. 64 y ss. Del mismo autor, “Dirección política de la Defensa y Mando militar”, en Revista-Española de Derecho Militar, nº 43 (1984), págs. 27 y ss. LAFUENTE BALLE, J.M.: “El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución”, Madrid, 1987, pág. 290. En contra, entre otros (ALZAGA VILLAMIL, BENEYTO PEREZ, ENTRENA CUESTA, ARAGON REYES, MENENDEZ REXACH, MARTINEZ SOSPEDRA, SERRANO ALBERCA), ver López RAMON: “La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas”, ob. cit. págs. 360 y 361 y BLANCO VALDES: “La ordenación constitucional de la Defensa”, ob. cit. págs. 127 y ss. La expresión “Mando Supremo de las Fuerzas Armadas” que emplean el artículo 62 h) de la Constitución, artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1980 y artículo 2 de las Reales Ordenanzas para las F.A.S. (Ley 85/1978) en relación con el Rey, se reitera en el artículo 2 de la Ley 17/1989: “El Mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde a Su Majestad el Rey”. Ver también, DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: “El mando supremo de las Fuerzas Armadas”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, ob. cit. pág. 2531 y ss. En la misma obra, MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ: “Fuerzas Armadas y Administración Pública”, págs. 2704 y ss. SANCHEZ AGESTA, Luis: “El mando del ejército en el Derecho Constitucional Comparado”, págs. 2.829 y ss.

das" (relaciones de disciplina y jerarquía, justicia militar y régimen disciplinario de los Ejércitos).

Pero este reconocimiento institucional no invalida la caracterización de las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 97 de la Constitución, como parte del Poder Ejecutivo ("El Gobierno dirige.... la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva...") y de la Administración Pública ("El Gobierno dirige... la Administración Civil y Militar...), ni mucho menos la disponibilidad del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas (10) y la función militar (11). Confirman la instrumentalidad de la Institución Militar y su intrínseca subordinación a los órganos supremos del Estado, los preceptos de la Ley Orgánica 6/1980, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar, cuyo desarrollo —en el campo de personal y enseñanza militar (artículos 26.2 y 27) — se realiza en la Ley 17/1989, con la pretensión de dejar agotada la reserva legislativa establecida en la mencionada Ley Orgánica. También en esta norma básica (artículo 26.1) afloran las consecuencias de la caracte-

(10) LOPEZ RAMON: "La caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas", ob. cit. págs. 279, 298, 322, 376 y 377.

CASADO BURBANO: "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española", en Revista de Derecho Público, nº 74 (1979), págs. 31 y 32. Del mismo autor: "Iniciación del Derecho Constitucional militar". ob. cit. pág. 54 y ss. y "Dirección Política de la Defensa y mando militar", en Revista Española de Derecho Militar nº 43. págs. 11 y ss. SERRANO ALBERCA, comentario al artículo 8 de la Constitución, en "Comentarios a la Constitución", ob. cit. págs. 97 y ss. BARCELONA. Llop: "La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal", artículo citado. BLANCO VALDES: "La ordenación constitucional de la Defensa", ob. cit. págs. 64 y ss. y 158 y ss. A PORRAS NADALES: "Ordenamiento de la Defensa, poder militar y régimen constitucional de España", en Revista de Estudios Políticos, nº 35 (1983). LOPEZ GARRIDO: "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", artículo citado, págs. 952 y ss. LOPEZ HENARES, VICENTE: "Problemas Jurídico-políticos del poder militar", en Revista Española de Derecho Militar, nº 31-32 (1.976), pág. 12 TRILLO-FIGUEROA y MARTINEZ.CONCE: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española", artículo citado, págs. 77, 96, 97 y 98. LANDI, GUIDO: "Manuale di Diritto e di Procedura penale militare", ob. cit. págs. 5 y 6 DE VERGOTTINI, Giuseppe de: "Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale", Milán, 1971. Del mismo autor, "La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas", en Revista Española de Derecho Constitucional, 55 (1987). CANO HEVIA, Juan : "Voz "Fuerzas Armadas" en Diccionario del sistema político español", 1984, págs 349 y ss. (11) VALORI, Francesco: "Voz "Difesa nazionale", en Enciclopedia del Diritto, tomo XII, 1964, págs. 429 y 431. BLANCO ANDE: "Defensa Nacional y Fuerzas Armadas", ob. cit. págs. 192 y ss. CASADO BURBANO: "Dirección política de la Defensa y Mando Militar", artículo citado, págs. 13 y 14. DE VERGOTTINI: "Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale", ob. cit. pág. 27. WILFRIED VON BREDON: "El problema de la "tradición rota" en las Fuerzas Armada de la República Federal de Alemania", en Revista de Estudios Políticos, nº 12 (1979). ERNST FORSTHOFF: "Tratado de Derecho administrativo", traducción de Legaz, Garrido y Gómez de Ortega, Madrid, 1953. SERRANO ALBERCA: "Comentario al artículo 8º", en "Comentarios a la Constitución", ob. cit. págs. 89 y 90. GUIDO ZANORINI: "Corso di diritto amministrativo", volumen V, Milán 1957, págs. 15 y ss. CCUTANT, P.: "La fonction publique militaire", Paris-Limoges, 1976. Herry, Joseph-Louis: "La fonction militaire. Evolutions statutaire", Paris, 1976. Weil, Prosper: "Armé et fonction publique", en "La Defense nationales", Paris 1958. DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN,

rización institucional de las FAS al regular la condición militar, pues — paralelamente a la regulación del “*status*” profesional de los militares — establece que “ las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar”.

### III. FUNCION PUBLICA Y FUNCION MILITAR

En el Preámbulo de la Ley 17/1989 se afirma: “Por su propia naturaleza, la función militar es una actividad de interés público con todas sus consecuencias: Subordinación al bien común, sujeción al control de los poderes del Estado y exigencia de una administración transparente de los recursos. Constituye, por lo tanto, una parte de la función pública, aunque sus peculiaridades obliguen a regularla por normas específicas que, sin embargo, han de basarse en principios análogos a los que rigen aquella”.

Si la “función militar” es parte de la función pública y se rige por principios análogos, debemos preguntarnos que se entiende hoy por “función pública”.

En primer lugar, hay que decir que, aún cuando el lenguaje vulgar confunde e identifica los términos “Administración Pública” y “Función Pública”, desde un punto de vista científico el concepto de “función pública” es más extenso que el de “Administración Pública,” pues abarca funciones que no pueden calificarse como administrativas. Así, para GARCIA DE ENTERRIA (12) la Administración es una organización dotada de personalidad jurídica (“La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y “*sine qua non*” del Derecho Administrativo”) y esta nota basta para individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.

De forma que podemos afirmar que integran la función pública las diversas manifestación de los poderes del Estado, expresión de su plural actividad. En la conocida cita de GUIDO ZANOBINI: “... el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones” (13). Y ello porque, modernamente (14), ya no

SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA Y FERNANDO PABLO sostienen la aplicabilidad de la idea de “poder público” a LAS FAS y a las especialidades de la Administración Militar (“El control jurídico-constitucional de la transición militar”, artículo citado, págs. 2990 y ss.). (12). GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo: “Curso de Derecho Administrativo” I, Madrid 1986, pág. 26.

(13) ZANOBINI, Guido: “Corso di Diritto amministrativo”, volume Primo (Principi Generali), Milano, Dott. A. Giuffrè, 1958, pág. 10.

(14) GARCIA DE ENTERRIA: “Curso de Derecho Administrativo”, ob.cit pág. 24.

se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados, sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones. En consecuencia la función pública abarcaría indiferenciadamente toda la actividad del Estado.

Ahora bien, si la Administración Pública se caracteriza como organización servicial de la Comunidad por su instrumentalidad y su sometimiento a los fines que la justifican (artículos 103 y 106 de la Constitución), hay que decir que la función administrativa no agota toda la actividad prestacional del Estado a la comunidad nacional, pues existen otras funciones públicas que no se identifican con los fines de la Administración ni se realizan por sus órganos. Y así, GARCIA DE ENTERRIA (15), al estudiar la posición mixta del Gobierno (los órganos superiores lo son a la vez del Poder Ejecutivo como poder constitucional y de la Administración en su condición de organización personificada, a través de un “desdoblamiento funcional”), reconoce que una parte de la actividad de los órganos superiores de tipo político (especialmente del Gobierno cuando cumple otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona) está excluida del ámbito administrativo. El citado profesor incluye aquí los actos internacionales y los actos constitucionales. En mi opinión, tendrán también esta consideración determinados actos del Gobierno relacionados con la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, definida en el artículo 8.1 de la Constitución, que no pueden incluirse dentro del concepto de Administración Militar (16).

Y es, en este sentido, donde cobra toda su importancia la definición de “FUNCION MILITAR” contenida en el artículo 1 de la Ley 17/1989.

(15) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit. pág. 30. En la misma obra, TOMAS RAMON FERNANDEZ, pág. 357.

(16). En este mismo sentido, DE VERGOTTINI contrapone la “función pública” (de la que constituye verdadera expresión la actividad de defensa, al traducir el ejercicio de “potestades públicas”) a la noción de “servicio público” empleada por la doctrina francesa para caracterizar la actividad de defensa, proponiendo la consideración de la Defensa (Seguridad del Estado) como una función pública (“Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale”, ob. cit. págs. 3 y ss.). GUIDO LANDI pone de relieve que las Fuerzas Armadas tiene una doble estructura orgánica. Una, la dedicada a la gestión jurídico-administrativa, económica-financiera y técnica del personal y material, constituye un Sector del ordenamiento administrativo del Estado. Otra tiene como objeto la planificación y preparación del personal, de los medios y de cuanto es necesario para la defensa, el empleo de los diversos elementos estructurales para alcanzar los objetivos y la organización operativa, es decir la militar en sentido estricto. En las Fuerzas Armadas, una y otra estructura convergen verticalmente en el Ministro de Defensa, suprema autoridad jerárquica: la primera a través de una jerarquía de cargos públicos y la segunda mediante una jerarquía de mandos. Así, el Organismo Administrativo Central de las Fuerzas Armadas es el Ministerio de Defensa y la organización operativa de las Fuerzas Armadas presenta en su vértice el Estado Mayor de la Defensa y los Estados Mayores de los Ejércitos, que —a su vez— depende directamente del Ministro de Defensa (GUIDO LANDI: “Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare”, ob. cit. págs. 10, 11 y 12). EMBID IRUJO, Antonio: “LA JUSTICIABILIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO”, Documentación administrativa Nº 220 (1989).



En efecto, en el concepto legal de función militar se destaca la intrínseca instrumentalidad de la Institución Militar (prestar un servicio del Estado a la comunidad nacional), su caracterización —dentro de la función pública— por los fines del Estado que constituyen su misión constitucional (artículo 8.1 de la Constitución) y su posición subordinada al poder político (bajo la dirección del Gobierno). Se debe resaltar que la función militar no es un “servicio de la Administración” únicamente, sino “un servicio del Estado a la comunidad nacional” y, en este aspecto, el Gobierno dirige la función militar en su doble condición de Poder Ejecutivo y órgano superior de la Administración. El Gobierno, en efecto, dirige la Administración Militar (artículo 97 de la Constitución), pero además ejerce la función ejecutiva, determina la política de defensa y asegura su ejecución, correspondiendo al Presidente del Gobierno su dirección y —como consecuencia— dirigir la actuación de las FAS, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar (artículo 97 de la Constitución y artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 6/1980, modificada por L.O. 1/1984).

La Defensa Nacional, ha escrito SUAREZ PERTIERRA (17), exige una organización permanente y coordinada (“conjunto armónico a que se refiere el artículo 3 de la L.O. 6/1980) como el elemento de garantía de una “efectiva seguridad nacional” plantea desde la dirección política del Gobierno en los términos del artículo 97 de la Constitución” destacando “la consideración de las Fuerzas Armadas como parte esencial y básica de la política de Defensa”.

En resumen, estimamos, que, así como las Fuerzas Armadas constituyen la base institucional (18) de la Defensa Nacional, su aspecto funcional recibe

(17) SUAREZ PERTIERRA: “Prólogo” cit. pág. 15. Para este autor, el trasfondo del artículo 8 de la Constitución es el concepto de Defensa Nacional, habiéndose constitucionalizado expresamente la función de defensa material del Estado por las Fuerzas Armadas, que quedan “constituidas como agente del Estado en cumplimiento de esa función última”, y así: a) Están sometidas a la autoridad del Gobierno. b) Su intervención es siempre excepcional y sujeta a expedientes técnicos prefijados; y c) su actuación ha de estar integrada en los principios constitucionales (ver SUAREZ PERTIERRA, Gustavo: “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, publicado en Jornadas sobre el Título Preliminar de la Constitución, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, Vol. IV, pags. 2413 y 2414).

(18) La expresión “Institución militar” es empleada, no solo en el Título I de las Reales Ordenanzas para la FAS, sino en la Ley Orgánica 12/1985 (artículo 1), Ley Orgánica 13/1985 (Preámbulo y Título IV: “Delitos contra la Institución militar”, Ley Orgánica 4/1987 (Preámbulo y artículo 111) y Ley Orgánica 6/1980 (artículo 26). Después de estudiar la naturaleza de los FAS a través de la Jurisprudencia Constitucional, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, SANCHEZ-FERNANDEZ DE GATTA y FERNANDO PABLO concluyen que “el proceso de transición militar” se muestra así tributario de la idea de que las FAS son una institución del Estado, con relevancia constitucional, un sector por propia naturaleza dotado de especificidades antes que un poder público más que actúa en el marco constitucional” (“EL CONTROL JU-

—obviamente— la denominación de “función militar”.

#### IV. LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS GENERALES DE LA LEY DE LA FUNCION MILITAR

Desde mucho antes de la creación en 1977 del Ministerio de Defensa, era evidente en el ámbito de las Fuerzas Armadas la necesidad de una norma general para ordenar y regular la materia propia de función militar, dispersa en múltiples leyes y disposiciones reglamentarias, difícilmente reducibles a un sistema por las diferencias derivadas de su distinta cronología (en algunos casos decimonónica) y los dispares criterios que las habían inspirado (19).

Los principios o criterios generales que han presidido (20) la elaboración de la Ley, confesados en su Preámbulo, deducibles de la tramitación parlamentaria y explicados por uno de sus más calificados artífices (21), han sido: partiendo de la definición de función militar (servicio del Estado a la Comunidad nacional que prestan las FAS en cumplimiento de sus deberes constitucionales), 1º regular de *forma global* la carrera militar, completando la definición del sistema de personal militar, 2º *cumplir el mandato* contenido en la Ley Orgánica 6/1980, agotando —en el campo de personal y enseñanza militar— la reserva legislativa a que hace referencia, 3º *compatibilizar*, en lo posible, este sistema con las disposiciones legales que regulan la *función pública* y el *sistema educativo general*, 4º *acabar con la dispersión normativa* que regulaba el *status* del militar profesional., 5º *simplificar y racionalizar* los elementos de la carrera militar, 6º *consolidar* las bases de la *profesionalidad* de los miembros de las FAS, 7º *estimular* a todos los militares profesionales al mejor cumplimiento de sus cometidos, 8º *modernizar* los principios que rigen la carrera militar, (modernización profesional de las FAS) y el “*status*” profesional militar, 9º *mejorar el funcionamiento de la institución* para facilitar sus misiones constitucionales, 10º *Discrecionalidad cualificada* (tradicional en el ámbito militar y en el ejercicio de la

RIDICO-CONSTITUCIONAL DE LA TRANSICION MILITAR”), artículo citado, pág. 3006.

(19) Esta idea se expresa en el primer párrafo del Preámbulo de la Ley 17/1989.

Para una relación de las disposiciones más relevantes, “reguladoras de diversos aspectos de la profesión militar anteriores a la Ley 17/1989, ver MUÑOZ ALONSO, José Manuel: Derecho Administrativo Militar”. Tomo II, Madrid 1989, pags. 83 y ss.

(20) Ver la intervención del Sr. Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones núm. 194, cit., pág. 11102). Con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley 17/1989, afirmó que era “el marco que la democracia otorga a las Fuerzas Armadas para que, según este marco, presten su servicio a los españoles en el campo de la defensa”.

(21) Ver declaraciones del Subsecretario de Defensa (Sr. SUAREZ PERTIERRA) al Diario ABC el 29 de Enero de 1989.

facultad de autorganización de la Administración) (22).

Aunque la Ley de la Función Militar debe guardar cierta analogía con la Ley 30/1984 de la función pública, los principios que deben presidir sus preceptos son los derivados de la misión institucional de las FAS, las Reales Ordenanzas y la Ley Orgánica 6/1980, de criterios básicos. Tales normas forman, por su contenido y rango fundamental y orgánico, el marco básico de los derechos y obligaciones de sus miembros, hasta el punto de caracterizar de forma muy acusada el régimen estatutario que se trata de regular. Ahora bien la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, ha sido interpretada —en cuanto trata de cumplir la reserva legal establecida en el artículo 103.3. de la Constitución— por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 (publicada en la Revista La Ley nº 1807, de 28 de septiembre de 1987). Algunos de sus preceptos tienen la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, entre los que se encuentran los militares de carrera y empleo regulado en la Ley 17/1989. De forma que, al lado del desarrollo de los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica 6/1980 —que a la vez ejecuta el mandato constitucional previsto en el artículo 8.2 de la Constitución— la Ley de la Función Militar debe tener presente que, simultáneamente, está cumpliendo la reserva que el artículo 103.3 de la Constitución determina para la regulación por Ley de uno de los ámbitos de la función pública. En este sentido, hay que afirmar que esta materia queda “sustraída a la normación reglamentaria” (sólo posible cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa) y que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siendo tampoco posibles las remisiones incondicionales a las disposiciones del Gobierno.

Más concretamente, esta reserva de Ley comprende la “regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o régimen estatutario”, es decir el ámbito en el que ha de entenderse comprendida la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de

(22) En resumen: 1º GLOBALIDAD. 2º DESARROLLO LEGISLATIVO. 3º INTEGRACION 4º UNIDAD. 5º RACIONALIZACION. 6º PROFESIONALIDAD. 7º ESTIMULO. 8º MODERNIZACION 9º EFICACIA Y 10º DISCRECIONALIDAD.

MUÑOZ ALONSO, después de exponer los principales objetivos de la Ley, según su preámbulo, alude a los criterios que han guiado su elaboración: a) Globalidad, b) Generalidad en su contenido, c) Integración de las disposiciones de los Ejércitos y los Cuerpos comunes de las FAS, y d) Compatibilidad, en lo posible, con las disposiciones legales que regulan la función pública y el sistema educativo general (MUÑOZ ALONSO: “Derecho Administrativo Militar”, Tomo II, ob. cit. pág. 89). Las pags. 90 a 104 de esta obra contienen una excelente síntesis de la Ley 17/1989, bajo el epígrafe “Conceptos básicos”.

funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta pueden darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas. (Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Junio de 1987).

La Ley 17/1989 resiste bien la prueba de la reserva de Ley establecida en la Constitución y en la Ley Orgánica 6/1980 pues —aún en los casos de remisión al Reglamento— la atribución al Gobierno se hace, bien fijando los “Criterios generales” de desarrollo o bien para complementar una “previa determinación legislativa” (23).

Los principios generales inspiradores de la Ley se concretan —a lo largo de su texto— en lo que el Preámbulo de la norma (y algunos diputados y senadores) denominan objetivos (24) de la misma. Así, los principales objetivos de la Ley 17/1989 son: 1º Racionalizar la estructura de Cuerpos y Escalas para adaptarla a las necesidades de las Fuerzas Armadas; diseñar sistemas de ascenso y promoción que incentiven la dedicación y esfuerzo profesionales; definir un modelo de enseñanza militar que responda a los requerimientos anteriores y proporcione a la Fuerzas Armadas el recurso de personal que éstas necesitan, regular los demás elementos, que configuran el “*status*” profesional de los militares de carrera y de los que mantiene una relación de servicios de carácter profesional no permanente, 2º Disponer del personal capacitado para desempeñar los cometidos de los diferentes puestos de trabajo de la organización militar, 3º Potenciar los empleos de suboficial y completar la integración de la mujer en la profesión militar (25), 4º e incluso, satisfacer con la mayor amplitud posible las aspiraciones, deseos y necesidades materiales y mucho más morales de los individuos que integran las FAS (26).

(23) En contra el Senador Sr. MARTÍNEZ SOSPEDRA. (CDS) sostuvo que la deslegalización que afecta al núcleo esencial de la función militar vulnera la reserva de ley y puede ser un supuesto de inconstitucionalidad (D. Sesiones Senado núm. 126. cit., pág. 5983).

(24) Ver la intervención en el Congreso del Diputado Sr. DE SALAS MORENO (Minoría Catalana) durante el debate de la Ley 17/1989 (D. Sesiones núm. 194. cit. pág. 11084). Expusieron en el Senado los objetivos de esta Ley, el Sr. FUENTES NAVARRO (Grupo Mixto), y el senador del Grupo Socialista Sr. MARTÍNEZ GUIJARRO (D. Sesiones del Senado núm. 126, cit., págs. 5967 y 5970).

(25) Senador MARTÍNEZ GUIJARRO (D. Sesiones cit., pág. 5970).

(26) Diputado Sr. TRILLO Y LOPEZ-MANCISIDOR en el Congreso (D. Sesiones núm. 194. cit. pág. 11093).

## V. ESTRUCTURA DE LA LEY 17/1989

Se trata de un norma extensa, precedida —como hemos visto— de un enjundioso Preámbulo, integrada por 112 artículos, 14 disposiciones adicionales, 6 transitorias, una disposición derogatoria y 10 finales. La parte articulada se agrupa en siete títulos (Preliminar, Organos Superiores de la función militar, Categorías y empleos militares, Cuerpos y Escalas Militares, Enseñanza militar, Militares de carrera, Militares de Empleo y Recursos), subdividiéndose en capítulos los títulos de mayor extensión (Cuerpos y Escalas militares, Enseñanza Militar y Militares de carrera). Puede decirse —tratando de sintetizar su contenido— que la Ley de la función militar— después de definir ésta, el Mando supremo de las FAS, el objeto y ámbito de la norma y el régimen de la Guardia Civil en su Título Preliminar— determina los Organos superiores de la función militar (Gobierno, Ministro de Defensa, Subsecretario de Defensa, Jefes de Estado Mayor y Consejos Superiores de la FAS); establece las categorías y empleos militares; regula los Cuerpos y Escalas militares (específicos del Ejército de Tierra, Armada, Ejército del Aire y cuerpos comunes a las FAS) sus cometidos y empleos, las especialidades y las plantillas; define y estructura el sistema de enseñanza militar (integrado en el sistema educativo general y servido, en su parte fundamental por la estructura docente del Ministerio de Defensa), los centros docentes militares, el acceso a la enseñanza militar, los planes de estudio, el régimen del alumnado y el profesorado; reglamenta el “*status*” del militar de carrera, la adquisición y pérdida de tal condición, historiales militares, provisión de destinos, ascensos, evaluaciones y clasificaciones y situaciones administrativas; fija la relación de servicios de los llamados militares de empleo y el régimen de los recursos. Pero no acaba ahí la regulación legal, pues en las disposiciones adicionales se completan sus preceptos con materias tan importantes — entre otras— como el sistema de nombramiento y cese de los Jefes de Estado Mayor de las FAS, la adaptación de las existentes a la estructura de Cuerpos y Escalas que se crea, la adaptación de las situaciones administrativas y de las Escalas de Complemento, las normas de integración de Escalas, la modificación de la Legislación de clases pasivas, los distintos regímenes transitorios, las recompensas militares, normas sobre uniformidad, el sistema retributivo de los miembros de las FAS, el Cuerpo de Mutilados, el Servicio de Asistencia Religiosa y el Régimen del personal del CESID. La norma finaliza con la clásica autorización al Gobierno para su desarrollo y la indicación de que, con algunas salvedades, entrará en vigor el 1 de Enero de 1990.

En resumen, el núcleo de la Ley está constituido por una parte orgánica (órganos superiores de la función militar, categorías y empleos de las FAS y Cuerpos y Escalas militares), la nueva estructura del sistema de la enseñanza militar y la regulación del "status" del militar de carrera y empleo.

## VI. DEFINICION DE LA CONDICION MILITAR Y AMBITO DE LA LEY

El artículo 8 del Código Penal Militar había establecido, a los efectos de este Código (27), que tienen la condición de militares quienes la posean conforme a las leyes relativas a las adquisición y pérdida de la misma. Y más concretamente, durante las situaciones de actividad y reserva, los profesionales (sean o no de carrera) integrados en los cuadros permanentes de la FAS, los que se hallen prestando el servicio en filas (de forma obligatoria o voluntaria), los alumnos de Academias o Escuelas Militares, los que presten servicio activo en las Escalas de Complemento o Reserva Naval y los movilizados o militarizados con cualquier asimilación militar.

Para el artículo 1.3 de la Ley 17/1989 adquieren la condición de Militar quienes:

- 1º. Se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil con una nueva relación de servicios profesionales.
- 2º. Se incorporan a las FAS o a la Guardia Civil en cumplimiento de las obligaciones militares que la Ley del Servicio Militar establece para los españoles, de acuerdo con el artículo 30.2 de la Constitución.
- 3º. Ingresan en los centros docentes militares de formación.

La analogía entre ambos preceptos es evidente, una vez que la Ley de la Función Militar ha declarado a extinguir las Escalas de Complemento y la Reserva Naval, siendo la diferencia más apreciable la mención del Código punitivo castrense a los supuestos de militarización y movilización.

Conforme al artículo 2 de la Ley 17/89 el mando supremo de las FAS corresponde a su Majestad el Rey que, además de recoger lo establecido en el artículo 62 h) de la Constitución, artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1980 y artículo 2 de las Reales Ordenanzas para las FAS, le atribuye el empleo de Capitán General del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (28).

(27) Ver el comentario al artículo 8 del Código Penal Militar ("Definición de militares") de JOSELEANDRO MARTINEZ-CARDOS RUIZ en la obra colectiva "Comentarios al Código Penal Militar", coordinada por BLECUA FRAGA Y RODRIGEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Madrid 1988, págs. 215 y ss.

(28) Ver las intervenciones de los senadores Sres. TORRES HURTADO, MARTINEZ GUIJARRO Y SANZ ESCALERA en el debate parlamentario (D. Sesiones del Senado núm.126 págs. 5973, 5974 y 5975).

Ahora bien, la Ley 17/89, sin traicionar a sus propósitos globalizadores, tiene como objetivo regular el régimen del personal militar que mantiene una relación de servicios profesionales (militares de carrera que integran los cuadros permanentes de las FAS y militares de empleo que adquieren compromiso mediante una relación de servicios de carácter no permanente) y también es de aplicación a los alumnos de los centros docentes militares de formación (artículo 3). Realmente solo quedan fuera de su ámbito de aplicación los militares que se incorporan al servicio en filas (en las FAS o Guardia Civil) en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley del Servicio Militar, con carácter obligatorio o voluntario.

## VII. EL REGIMEN DEL PERSONAL DE LA GUARDIA CIVIL

Uno de los pocos aspectos polémicos de la tramitación parlamentaria fue el "status" de los miembros de la Guardia Civil y, concretamente, su calificación como militares (29).

Ciertamente la Constitución no incluye expresamente a la Guardia Civil entre las Fuerzas Armadas (artículo 8.1), por lo que se la ha venido considerando como integrada en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a que alude el artículo 104 de la Constitución (30). Sin embargo, es en el desarrollo constitucional —a través de las correspondientes Leyes Orgánicas— donde, poco a poco, se va a ir clarificando el carácter militar de los miembros de la Guardia Civil, sin perjuicio del reconocimiento de sus dos clases de misiones: funciones de carácter militar y atribuciones relativas al orden y la seguridad pública (artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1980). Las Leyes Orgánicas de Reforma de la Justicia Militar (es decir: la ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario de las FAS, Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar y Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) incluyen a los miembros de la Guardia Civil

(29) Ver la defensa de enmiendas en el Congreso por el Diputado Sr. IGLESIAS ARGÜELLES (Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya) y la réplica del Diputado del Grupo Parlamentario Socialista Sr. BARRERO LOPEZ (D. Sesiones del Congreso núm. 194, págs. 11091 y 11098).

En el Senado intervinieron los Sres. FUENTES NAVARRO Y ROMERO RUIZ (Grupo Mixto), MARTINEZ SOSPEDRA (CDS) Y MARTINEZ GUIJARRO (Grupo Socialista), Ver D. Sesiones del Senado núm. 126, págs. 5967, 5968, 5971, 5972, 5973, 5974 y 5975.

(30) MANZANO SOUSA, Manuel: "Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil", en Revista General de Derecho, núm. 538-539, julio-agosto 1989, págs. 4761 y ss. MORALES VILLANUEVA, Antonio: "Definición de Fuerza Armada y Centinela", en "Comentarios al Código Penal militar", coordinados por BLECUA FRAGA y RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, ob. cit. págs. 255 y ss.

en la definición de "fuerza armada" con expresa remisión a la Ley que desarrolle el artículo 104.2. de la Constitución (artículo 10 de la L.O.13/1985), en la composición de los Tribunales Militares, si el inculpado o inculpados perteneciesen a la Guardia Civil (artículo 39.4. y 49.4. de la Ley Orgánica 4/1987) y en el régimen disciplinario militar (artículos 5, 19, 21, 22 y 29 de la L.O. 12/1985).

Pero el precepto más concluyente es el artículo 9 b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (31), que define a la Guardia Civil como un Instituto Armado de naturaleza militar. Como consecuencia, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar la Guardia Civil tendrá la consideración de fuerza armada (artículo 7.3.), se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza militar (artículo 13.1), su régimen estatutario es el establecido en la Ley Orgánica 2/1986 (y normas de desarrollo) y en el ordenamiento militar (artículo 13.2), corresponde al Ministerio de Defensa disponer el régimen de ascenso y situaciones, así como las misiones de carácter militar (artículo 14.3.) y, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica como Instituto Armado de naturaleza militar (artículo 15.1).

La jurisprudencia (32) ha mantenido también la naturaleza militar de la Guardia Civil, en reiteradas sentencias o Autos de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo.

A pesar de los preceptos citados y de su interpretación por los Tribunales de Justicia, era muy conveniente regular en la Ley de la Función Militar al espinoso y nunca acabado tema del carácter militar de los miembros de la Guardia Civil, complementando los preceptos de la Ley Orgánica 2/1986 y de las Leyes reformadoras de la Justicia Militar.

Se parte del principio fundamental de que la Guardia Civil presta el servicio del Estado definido como función militar en el artículo 1. de la Ley 17/1989, en cumplimiento de las misiones de índole militar a que alude la Ley Orgánica 2/1986. A continuación, se establece que adquieren la condición militar quienes con una relación de servicios profesionales se incorpo-

(31) Ver el apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986.

(32) Ver, particularmente, las Sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo Militar, de 15 de diciembre de 1988 y de 10 de febrero de 1989, así como las Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 5 y 7 de julio de 1989. En el mismo sentido, la intervención del diputado Sr. BARRERO LOPEZ (Grupo Parlamentario Socialista) en el Congreso (D. Sesiones Congreso núm. 194. pág. 11098).

MORALES VILLANUEVA, Antonio: "La Guardia Civil en el artículo 8º de la Constitución", en "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", ob. cit. págs. 2771 y ss.



ran a la Guardia Civil. Y, finalmente, el artículo 4 de la Ley 17/1989 determina el régimen de personal de la Guardia Civil (que se basará en la Ley Orgánica 2/1986 y en la Ley 17/1989), las competencias de los órganos superiores de la función militar y la sujeción de los miembros de la Guardia Civil —por su condición de militares— al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares así como a su normativa específica.

Recientemente, el Tribunal Constitucional —al tiempo que desestima dos recursos de amparo interpuestos por un Cabo de la Guardia Civil contra resoluciones del Director General del Instituto que le había impuesto sanciones de arresto por faltas graves y confirma no haber lugar a la tramitación de “*habeas corpus*” contra tales sanciones— reitera que el régimen disciplinario de la Guardia Civil es “mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas”, el de las Fuerzas Armadas. Si bien estima que no puede quedar “indefinidamente incumplida” la previsión contenida en el artículo 15.1. de la ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo que el “legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando, de una vez por todas, indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y remisión” (33).

#### VIII. ASPECTOS ORGANICOS DE LA LEY DE LA FUNCION MILITAR

El Título Primero de la Ley 17/89 define los órganos superiores de la función militar que —a pesar de la identidad entre las misiones constitucionales (artículo 8.1) que constituyen el fin de la defensa nacional, de las Fuerzas Armadas y, por referencia, de la función militar— no coinciden con los órganos superiores de la Defensa Nacional (artículos 5 a 13 de la Ley Orgánica 6/1980). Y así, el Rey, las Cortes Generales, el Presidente del Gobierno y la Junta de defensa Nacional no son órganos superiores de la función militar. Este sistema orgánico está integrado por el Gobierno, el Ministro de Defensa, el Subsecretario de Defensa (34) el Jefe del Estado

(33) Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de Noviembre de 1989, en recurso de amparo interpuesto contra la aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario Militar a un miembro de la Guardia Civil.

(34) La Disposición Adicional Segunda de la Ley establece la competencia del Subsecretario de Defensa en relación con los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas. Suprimida la Subsecretaría de Defensa por R. Decreto 619/1990, corresponden estas competencias a la Secretaría de Estado de Administración Militar. Para una detallada exposición de los Títulos I, II y III de la Ley 17/89, así como de las disposiciones adicionales, derogatoria y finales, en

Mayor de la Defensa y los Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos (35) y los Consejos Superiores de los mismos (36). Desaparecido el cargo de Subsecretario de Defensa, sus funciones son asumidas por el Secretario de Estado de Administración Militar.

Se debe destacar que el Gobierno ejerce "la función ejecutiva" y la potestad reglamentaria, mientras que otros órganos inferiores (Ministro de Defensa, Subsecretario de Defensa) se encuadran en el ámbito de la Administración Militar. La mayor novedad es la delimitación, a nivel legislativo, de las atribuciones del Subsecretario de Defensa en materia de personal (37) y enseñanza, así como las facultades de los Jefes de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas que —además de las competencias establecidas en la L.O.6/1980 modificada por L.O. 1/1984,— dirigen la gestión de los recursos humanos que se le asignen y deciden, proponen o informan en relación con los aspectos básicos que configuran la carrera del militar (artículo 8).

La estructura orgánica de las FAS se basa, como dice el art. 10, en la ordenación jerárquica de sus miembros por empleos militares y, dentro de estos, por antigüedad. Los empleos militares se agrupan por categorías (Oficiales Generales, Oficiales Superiores, Oficiales, Suboficiales Superiores, Suboficiales y Tropa y Marinería). La mayor innovación, además de la posibilidad excepcional de acceder al empleo de Capitán General (38), es la

lo que se refiere a la adaptación de la estructura de Cuerpos y escalas, ver el artículo de CANOVASSARABIA, Martín: "Categorías y empleos militares", en el "DOSSIER" dedicado a la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Diciembre de 1989, págs. 1332 a 1339. En este trabajo se destaca que: "de entre los principales aspectos que definen el régimen del personal militar figura, como elemento indispensable, la regulación de una estructura de Cuerpos y Escalas acorde con los cometidos que requiere una organización compleja como las Fuerzas Armadas..." (pág. 1331).

Para un estudio sobre los aspectos orgánicos de la Defensa, ver el trabajo de DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, FERNADO PABLO Y SANCHEZ-FERNANDEZ DE GATTA: "La Organización Administrativa de la Defensa", en "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", ob. cit. págs. 2907 y ss. En la misma obra, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ: "Fuerza Armadas y Administración Pública", págs. 2701 y ss.

(35) La Disposición Adicional Primera de la Ley regula el nombramiento y cese del Jefe del Estado Mayor de la Defensa y de los Jefes de los Estados Mayores del E. de Tierra, de la Armada y del E. del Aire. Ver la intervención del diputado Sr. MARDONES SEVILLA en el Congreso (D. Sesiones del Congreso núm. 194, pág. 11090).

(36) Ver la Disposición Adicional Tercera, en cuanto a las competencias de las Juntas Superiores de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, en materia de personal.

(37) De forma similar a como se regulan en la Ley 30/1984, de medidas para reformas de la función pública. Ver la intervención de los senadores Sres. TORRES GOMEZ, MARTINEZ GUIJARRO Y SANZ ESCALERA (D. Sesiones del Senado núm. 126, págs. 5976 y 5977).

(38) El artículo 10.3 de la Ley posibilita la concesión excepcional del empleo de Capitán General, que no debe confundirse con la atribución a Su Majestad el Rey del empleo de Capitán General del E. Tierra, de la Armada y del E. del Aire, como mando supremo de las FAS. Ver la intervención del diputado Sr. MARDONES SEVILLA (D. Sesiones del Congreso núm. 194, pág. 11089) y de los senadores TORRES HURTADO, MARTINEZ GUIJARRO, SANZ

creación del empleo de Suboficial Mayor, máxima categoría de los Suboficiales Superiores.

En las denominaciones de los empleos militares no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer. Se definen también las facultades que se derivan del empleo militar, la denominación de los mandos y la antigüedad en el empleo.

Una de las mayores novedades de la Ley 17/89 es la ordenación de los Cuerpos militares, que se clasifican en Cuerpos específicos de los Ejércitos (de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire) y Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas. Dentro de cada Cuerpo se agrupan en escalas superiores, medias y básicas, según el grado educativo exigido para el ingreso en ellas y de las facultades profesionales que tengan asignadas (39). De forma que aquí se establece la conexión con el sistema general educativo. Así, con el primer empleo se obtendrá una titulación equiparable a la de técnico especialista (escala básica), diplomado universitario (escala media) o licenciado (escala superior) y, a la inversa, se requerirá el correspondiente título académico para el ingreso en diversos Cuerpos militares, como los de Intendencia, Ingenieros, Jurídico, Intervención, Sanidad y Músicas militares (40).

Con la Ley 17/89 desaparecen las tradicionales armas del Ejército de Tierra (Infantería, Caballería, Artillería e Ingenieros), que se integran en un Cuerpo General de las Armas con tres escalas —superior, media y básica— con el cometido de desempeñar el mando, preparación y empleo de la fuerza y del apoyo a la fuerza del Ejército de Tierra. Reglamentariamente se determinarán las especialidades fundamentales necesarias para desarrollar, en el nivel correspondiente, las misiones encomendadas a tal Cuerpo General (41) y los distintivos de las referidas especialidades (artículo 12 *in fine*). Este

ESCALERA Y TORRES GÓMEZ (D. Sesiones del Senado núm. 126, págs. 5973, 5974, 5975 y 5978).

(39) El régimen de las Escalas Medias motivó enmiendas de los diputados Sres DE SALAS MORENO (Minoría Catalana) e IGLESIAS ARGÜELLES (Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya) contestadas por el diputado del Grupo Parlamentario Socialista Sr. BARRERO LOPEZ (D. Sesiones Congreso núm. 194, págs. 11084, 11085, 11091 y 11097). Precisamente esta cuestión motivó la ruptura del "consenso" en el Senado, donde intervinieron los Sres ROMERO RUIZ (Grupo Mixto), COMPANYS I SAN FELIU (Convergencia i Unió), MARTINEZ SOSPEDRA (CDS), SANZ ESCALERA (Coalición Popular) y MARTINEZ GUIJARRO (Grupo Socialista). Ver D. Sesiones del Senado núm. 126, págs. 5979 a 5990.

(40) Ver intervención del diputado Sr. BARRERO LOPEZ ante el Pleno del Congreso (D. Sesiones del Congreso núm. 194, pág. 11096).

(41) Ver las enmiendas defendidas en el Pleno del Congreso por los diputados Sres. CAVERO LATAILLADE (CDS), MARDONES SEVILLA (Grupo Mixto) y TRILLO Y LOPEZ-MANCISIDOR (Coalición Popular), D Sesiones Congreso núm. 194, págs. 11079, 11082, 11089 y 11094.

último inciso se añade como consecuencia de una enmienda transaccional (42) para posibilitar la identificación de las procedencias de las antiguas Armas, hoy desaparecidas y convertidas en Especialidades, debido a la sensibilidad con que el problema de la creación del Cuerpo General de las Armas se plantea en el Ejército de Tierra (43). Y es que, en la práctica y dada la amplia definición de los cometidos del Cuerpo General (art. 14), las Armas “serán las que determinen las especialidades básicas, y lógicamente las tradicionales son su propio principio” (44).

Con independencia de los Cuerpos Generales —de las Armas en Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, con sus respectivas Escalas— del Cuerpo de Infantería de Marina y de los Cuerpos de Especialistas (del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, con sus Escalas Media y Básica) persisten como Cuerpos específicos de los Ejércitos los Cuerpos de Ingenieros y de Intendencia, con algunas modificaciones. La más llamativa es, sin duda, el nivel de titulación exigido para el ingreso en tales Cuerpos. Así, el artículo 46.2 establece que para el ingreso en los centros docentes de formación de las Escalas de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes a las Fuerzas Armadas y de determinadas especialidades fundamentales de los Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos, se exigirán los títulos del sistema educativo general que reglamentariamente se determinen, teniendo en cuenta las equivalencias señaladas en el art. 33 de esta Ley (Técnico Especialista: Escalas Básicas; Diplomado Universitario, Arquitecto o Ingeniero Técnico: Escalas Medias; y Licenciado, Arquitecto o Ingeniero: Escalas Superiores) y los cometidos del Cuerpo y Escala a los que se tendrá acceso (45).

En los Cuerpos Comunes a las Fuerzas Armadas, se incluyen —además de los Cuerpos Jurídico Militar y Militar de Intervención, unificados por Leyes 6/1988 y 9/1985, respectivamente (46) —los Cuerpos de Sanidad

(42) En este mismo sentido la Disposición Transitoria Sexta de la Ley. Ver las intervenciones de los senadores sres. MARTÍNEZ SOSPEDRA, SANZ ESCALERA Y MARTÍNEZ GUIJARRO (D. Sesiones Senado núm. 126 págs. 5983, 5984, 5985 y 5989).

(43) A esta sensibilidad y al carácter consensuado del precepto se refirió el senador MARTÍNEZ GUIJARRO (D. Sesiones Senado núm. 126, pág. 5985).

(44) Senador MARTÍNEZ GUIJARRO (D. Sesiones Senado núm. 126, pág. 5985).

(45) En relación con la nueva estructura del Cuerpo de Intendencia, sostuvieron posturas contrarias al Proyecto del Gobierno el diputado TRILLO Y LOPEZ-MANCISIDOR (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11094) y los senadores SANZ ESCALERA Y MARTÍNEZ SOSPEDRA (D. Sesiones Senado núm. 126 págs. 5984 y 5990).

(46) Leyes que continuarán en vigor con carácter reglamentario en lo que no se opongan a la Ley 17/1989 (Número 2 de la Disposición Derogatoria). La Disposición Transitoria Cuarta, número 3, mantiene la aplicación de lo regulado —en materia de ascensos— en las Disposiciones Transitoria y Final Tercera de la Ley 6/1988.

En relación con los Cuerpos Comunes, observa acertadamente CANOVASSARABIA que la

Militar (en cuya Escala Superior se integran los Cuerpos o Secciones de Sanidad, Medicina, Farmacia y Veterinaria de los Ejércitos y en la Escala Media, la Escala de Ayudantes Técnicos Sanitarios del Ejército de Tierra, Escala Especial del Cuerpo de Sanidad de la Armada, Sección de Sanidad de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales de la Armada y Escalas Auxiliares de Oficiales y Suboficiales del Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire) y Músicas Militares (con Escala Superior y Básica) (47).

Es notable pues, la simplificación y racionalización de los Cuerpos y Escalas de los Ejércitos, aunque esta materia en el Senado, originó la ruptura del consenso logrado en el Congreso entre diversos Grupos Parlamentarios (224 votos a favor y tan solo tres abstenciones, de un total de 227 votos), ante la pretensión de algunos Senadores (48) de suprimir la Escala Media en los Cuerpos Generales o dar acceso a la misma a los Suboficiales (ahora integrados en la Escala Básica) para que puedan alcanzar los empleos de Oficial al final de su carrera, reconociéndoles incluso (Convergencia i Unió) la titulación de grado medio. Sin embargo, se ha mantenido el proyecto del Gobierno y la consiguiente clasificación de Cuerpos y Escalas —según titulaciones y cometidos— sin perjuicio del sistema de promoción interna (art. 47) de las Escalas básicas a las medias y de las Escalas medias a las superiores.

La nueva estructura de Cuerpos y Escalas ha requerido una norma (la Adicional Sexta) de adaptación de las Escalas actualmente existentes a las que se crean por la Ley 17/89. En dicha disposición se relacionan las Escalas que quedan integradas en las nuevas a la entrada en vigor de la Ley, las que se declaran a extinguir, el *status* de los Cuerpos y Escalas declarados a extinguir antes de la entrada en vigor de la Ley 17/89 (a las que se refiere también la Disposición Adicional Séptima) y, finalmente, otras Escalas (de Complemento Reserva Naval y Honoríficas) que igualmente se extinguen (49). La Escala de la Guardia Real se integra en el Cuerpo de la Guardia Civil (Disposiciones Adicional Sexta y Final Quinta).

denominación Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas sustituye a la de Cuerpos comunes de la Defensa —utilizada, en principio, para los Cuerpos de Intervención y Jurídico— para “sancionar sin ningún género de duda la pertenencia de los repetidos Cuerpos al conjunto de las Fuerzas Armadas, bien que con características de comunes a los tres Ejércitos” (CANOVAS SARABIA: “Categorías y empleos militares”, DOSSIER publicado en la Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Diciembre 1989, pág. 1334).

(47) Ver la intervención del diputado Sr. RAMON IZQUIERDO (Grupo Mixto) en el Pleno del Congreso (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11087).

(48) Ver las intervenciones de los Sres ROMERO RUIZ (Grupo Mixto), COMPANYYS i SAN FELIU (Convergencia i Unió), MARTINEZ SOSPEDRA (CDS) y SANZ ESCALERA (Coalición Popular) en el Senado. (D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 5979 a 5990)

(49) Las disposiciones finales Cuarta y Quinta regulan, respectivamente, el personal militar de la Casa de Su Majestad el Rey y la integración de los componentes de la Escala de la Guardia Real, declarada a extinguir, en el Cuerpo de la Guardia Civil.

Como consecuencia de las normas sobre adaptación de la estructura de Cuerpos y Escalas, se regula el régimen del personal de las Escalas de Complemento y de Reserva Naval, declaradas a extinguir. La Ley les concede el derecho a integrarse en las Escalas respectivas de los Cuerpos que se citan (50) si llevan, en el momento de entrada en vigor de la Ley, más de seis años de servicio efectivos en las referidas Escalas (51).

En otro caso, deberán acogerse a la normativa para los militares de empleo (Disposición Adicional Décima).

Se produce asimismo el ascenso automático al empleo de Alférez, de los Suboficiales que deban integrarse en la Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad para igualar —en la condición de Oficiales— a todos sus componentes.

Pero la materia más problemática es, sin duda, la integración de Escalas prevista en las disposiciones Adicionales Sexta y Décima. La Ley, después de establecer las normas o criterios para la integración, autoriza al Gobierno para determinar las normas reglamentarias, preceptuando que las integraciones deberán estar realizadas en un periodo máximo de cuatro años a partir de su entrada en vigor. A pesar de la escueta regulación legal, estimamos que se respeta la que establecen los artículos 8.2 y 103.3 de la Constitución y 26 de la L.O. 6/1980 para la regulación por Ley de las normas de integración en Cuerpos y Escalas como parte del estatuto funcional, conforme a la interpretación contenida en los Fundamentos jurídicos 1,3 y 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987.

Como resumen del complicado sistema que se deriva de la nueva estructura de Cuerpos y Escalas, las normas de adaptación determinan las diversas soluciones posibles: la integración obligatoria en las nuevas Escalas (Disposición Adicional Sexta, apartado 1 y 4, Disposiciones Adicionales Décima y Undécima, Disposición Final Quinta), la pertenencia a Cuerpos declarados a extinguir (Disposición Adicional Sexta apartados 2,3 y 5, Disposición Adicional Séptima, Disposición Adicional Décima y Disposición Final Séptima), la opción para integrarse en las nuevas Escalas o Servicios (Disposición Adicional Séptima, Disposición Adicional Décima, apartado, 3, disposición Final Séptima), la permanencia en su anterior situa-

(50) Ver MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, págs. 331 y ss. En el supuesto de los Cuerpo de Intendencia, Ingenieros y Cuerpos Comunes, se exige la titulación requerida para el acceso a los mismos. En otro caso, permanecerán en sus Escalas de origen, declaradas a extinguir.

(51) El tiempo de servicios que se exige para la integración (seis años) fue reducido respecto del previsto en el Proyecto de Ley, como producto del Consenso (Ver Intervención del Diputado TRILLO Y LOPEZ MANCISIDOR en D. Sesiones del Congreso, núm. 194. pág. 11095).

ción (Disposición Adicional Octava y Disposición Adicional Duodécima, apartado 1) o la aplicación de la normativa para los militares de empleo (Disposición Adicional Décima..., apartado 2 y Disposición Adicional Duodécima, apartado 2).

Supuestos especiales regulados en la Ley, en los que el personal no tiene la condición de militar, son la creación del Servicio de Asistencia Religiosa y el régimen del personal del Centro Superior de Información de la Defensa.

La Disposición Final Séptima de la Ley, después de afirmar que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, crea el Servicio de Asistencia Religiosa (52) y establece las bases del régimen de personal del mismo que se determinará reglamentariamente con arreglo a los criterios siguientes: personal vinculado con carácter permanente y no permanente, que no tendrá la condición de militar, movilidad de personal ajustada a la Ley 17/89, régimen retributivo similar al de las Fuerzas Armadas y situaciones administrativas y régimen disciplinario propio de los funcionarios de la Administración del Estado con las adaptaciones necesarias (53).

Todavía más particular es el régimen del personal del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) establecido en la Disposición Final Octava, pues el estatuto de quienes presten en él sus servicios (cualquiera que sea su procedencia, es decir: militares, funcionarios civiles y personal laboral) se determinará por el Gobierno conjugando el régimen de la función pública y el regulado en la Ley 17/89 por lo que no puede afirmarse la condición militar de este personal. Y así, la relación de servicios, profesionales podrá tener carácter temporal o permanente, se asegura su promoción profesional según criterios de igualdad y objetividad, la estructura jerárquica dependerá de la relación de puestos de trabajo del Centro y, en función de su naturaleza, se determinará el régimen general de derechos y deberes, así como el disciplinario. En todo caso, se garantizará la reserva sobre aquellos aspectos del régimen de personal que afecten al funcionamiento del CESID.

El Título III de la Ley finaliza con una alusión a las plantillas que, por categorías militares, se fijarán globalmente por Ley y se concretarán para los

(52) La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las FAS se seguirá ejerciendo por medio del Vicariato Castrense en los términos del Acuerdo de 3 de Enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. El Real Decreto 1145/1990 crea el Servicio de Asistencia Religiosa en la FAS y regula su funcionamiento.

(53) Se declaran a extinguir los Cuerpos Eclesiásticos militares, pudiendo optar sus componentes entre integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa con carácter permanente o continuar en los Cuerpos de procedencia.

Para un detallado estudio de los Cuerpos Eclesiásticos de los Ejércitos, ver MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob cit. págs. 322 a 331.

distintos Cuerpos y Escalas por el Gobierno, teniendo en cuenta —además de las previsiones de planeamiento de la defensa militar y los créditos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado— los tiempos medios de permanencia en los empleos que se determinan en el mismo precepto, como desarrollo normal de la carrera y sin que ello genere derecho al ascenso (art. 31).

#### IX. LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA MILITAR (54)

El preámbulo de la Ley 17/89 justifica la especialidad del sistema de enseñanza militar y razona la inclusión de esta materia en la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (55).

El Artículo 32 de la Ley 17/89 establece las finalidades del sistema de enseñanza militar (fundamento del ejercicio profesional de las FAS) que son: 1º La capacitación profesional del militar, 2º la adecuación permanente de sus conocimientos al desarrollo de la ciencia y de la técnica. 3º su formación en las características de las FAS (56) y 4º su formación en los principios Constitucionales (57).

Las características fundamentales de la enseñanza militar que se diseña son tres: 1º se trata de un sistema unitario y global, coherente con la estructura de la carrera militar y que garantiza la continuidad del proceso educativo (se estructura así en: enseñanza militar de formación, de perfeccionamiento y Altos Estudios Militares). 2º se integra en el sistema educativo general (58) y 3º está servido, en su parte fundamental, por la estructura docente del Ministerio de Defensa.

(54) Ver las intervenciones del diputado Sr. BARRERO LOPEZ (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11096) y de la senadora Sra. GARCIA-MORENO TELXEIRA (D. Sesiones Senado Núm. 126, págs. 5995 y 5996). Para DE ARCE BILBAO se establecen dos principios fundamentales bajo cuya luz hay que interpretar y entender todo el Título IV: "La enseñanza militar queda configurada como un sistema unitario y éste está integrado en el sistema educativo general" (ARCE BILBAO, Ricardo de: "De la Enseñanza Militar", en Dossier de la Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Diciembre 1989, pág. 1340).

(55) Ver para una exposición sistemática de esta materia, MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit. págs. 120 y ss.

El Grupo Parlamentario del CDS enmendó la totalidad de este Título —aunque después retiró la enmienda global— por entender que la enseñanza militar— debía ser objeto de una ley específica (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11079 y D. Sesiones Senado núm. 126 págs. 5969 y 5993).

(56) En el Senado se consideró (Senadora GARCIA-MORENO) que esta alusión a las características de las FAS se refería a los valores militares contenidos en las RR. Ordenanzas para las FAS (D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 5994, 5995 5996, 5998 y 6000)

(57) Prácticamente todos los Grupos Parlamentarios del Congreso y Senado se mostraron de acuerdo con que la formación en los principios Constitucionales figurase entre las finalidades de la enseñanza militar (D.S. Congreso cit. pág. 11092 y D.S. Senado cit. pág. 5992, 5997 y 6000).

(58) Esta característica fundamental se puso de manifiesto en el Senado ante las pretensiones



La coherencia con la carrera militar e integración en el sistema educativo general tiene su más completa e innovadora expresión en la Enseñanza militar de formación (art. 33) donde la enseñanza militar de grado básico faculta para la incorporación a las Escalas básicas (Cuerpo General de las Armas y Especialistas del Ejército de Tierra, Cuerpo de Infantería de Marina y Cuerpo de Especialistas de la Armada, Cuerpo General y Especialistas del Ejército del Aire, y Cuerpo de Músicas militares), la Enseñanza Militar de grado medio faculta para las Escalas Medias (Cuerpos Generales y de Especialistas de los Ejércitos y Cuerpo de Infantería de Marina) y la Enseñanza militar de grado superior faculta para la incorporación a las Escalas Superiores (Cuerpos Generales de los Ejércitos e Infantería de Marina), atribuyendo —con el primer empleo— una titulación equivalente, respectivamente, a la de Técnico Especialista (Grado Básico), Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico (Grado Medio) y Licenciado, Arquitecto o Ingeniero (Grado Superior).

Cuando se exijan determinadas titulaciones para el acceso a las Escalas militares (Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos, Cuerpos Comunes de las FAS, y determinadas especialidades de los Cuerpos de Especialistas) la estructura docente del Ministerio de Defensa complementará la formación técnica acreditada con la específica y proporcionará la militar necesaria (artículo 33.2).

La enseñanza militar de perfeccionamiento tiene como objeto: a) capacitar al militar para el desempeño de los cometidos de categorías o empleos superiores, b) proporcionarle mayor especialización, c) facultarle para el desempeño de actividades en áreas concretas y d) ampliar o actualizar sus conocimientos (artículos 34).

Los Altos Estudios Militares, último nivel del sistema de enseñanza castrense, preparan al militar para el desempeño de actividades en los escalones superiores de mando, dirección, gestión y en los Estados Mayores (59).

El Título dedicado a la Enseñanza Militar regula también los Centros

de algunos Grupos Parlamentarios (Grupo Mixto y CDS) para incrementar la participación de Ministerio de Educación y Ciencia (D. Sesiones Senado cit. págs. 5992, 5993, 5996 y 5999). Para ARCEBILBAO, "hay que interpretar la Ley en un sentido positivo y amplio asumiendo que la enseñanza militar debe aprovechar cuanto le ofrezca el sistema educativo general y que debe de existir reciprocidad" ("De la Enseñanza Militar", artículo citado, pág. 1341).

(59) En el Senado se propuso (Senador SANZ ESCALERA) el reconocimiento del Grado de Doctor a los Cursos de Estado Mayor y de Altos Estudios Militares, siendo rechazada esta enmienda aduciendo (senadora GARCIA-MORENO) que el trabajo de investigación propio del grado de Doctor no tiene equivalente en la carrera militar (D. Sesiones Senado cit. págs. 5995 y 5998).

Docentes Militares (capítulo 2) que son: las Academias y Escuelas de Formación (Academias Generales y Escuelas de especialidades fundamentales: Cuerpos Generales de los Ejércitos, Infantería de Marina y Cuerpos de especialistas) Escuelas de los Cuerpos de Ingenieros y de los Cuerpos Comunes de las FAS, Escuelas Generales de los Ejércitos, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional y Escuelas de especialidades complementarias.

Asimismo la Ley 17/89, establece el régimen general de los centros docentes militares, su dirección y régimen interior, programación (60) y conciertos con las Universidades públicas u otros centros del sistema educativo general (61)

El Capítulo 3 reglamenta el acceso a la enseñanza militar (62), derecho de todos los españoles que se concreta en el procedimiento de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, los niveles de titulación exigidos para el ingreso (equivalentes a los requeridos por el sistema educativo general) y los sistemas de promoción interna.

Recogiendo el contenido del Real Decreto-Ley 1/1988, se regula la incorporación de la mujer a las FAS en plano de igualdad con los hombres, según el mandato constitucional (63).

En los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

Los sistemas de promoción interna, que se concretan en el acceso de las Escalas básicas a las medias, de las Escalas medias a las superiores y de los militares de empleo a las Escalas de militares de carrera fueron objeto de un largo debate parlamentario en el Congreso y Senado (64) relacionado con las

(60) El Grupo Parlamentario del CDS en el Congreso (D. Sesiones cit. pág. 11080) y el Popular en el Senado (D. Sesiones cit. pags. 5977 y 5995) pidieron mayor participación de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos en la enseñanza militar.

(61) En el Congreso y Senado se puso de manifiesto la sensibilidad de los grupos parlamentarios por incrementar esta colaboración con el Ministerio de Educación y Ciencia (D.S. Congreso cit. pag. 11080 y D.S. Senado cit. págs 5993, 5994, 5998 y 5999).

(62) El senador Sr. ROMERO RUIZ pidió la eliminación de barreras para el acceso a la enseñanza que tengan su origen en la procedencia (D.S. Senado cit. pags. 5992, 5993 y 5999). Por Real Decreto 562/1990 se aprobó el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes militares de promoción y de acceso a la condición de militar de empleo.

(63) Distintos Grupos Parlamentarios destacaron positivamente esta característica de la Ley (D.S. Senado cit. págs. 5994 y 5998).

(64) La promoción interna recibió el apoyo del Grupo Parlamentario Socialista y del C.D.S. en el Congreso, si bien este sistema fue considerado por otros grupos (Minoría Catalana, Grupo Mixto-Izquierda Unida e incluso Coalición Popular en Senado), como insuficiente para resolver las diferencias entre las Escalas militares, proponiendo estos Grupos: bien el acceso de los Suboficiales a las Escalas Medias, bien la supresión de éstas en los Cuerpos Generales (D. Sesiones del Congreso núm. 194, págs. 11080, 11084, 11085, 11091, 11092, 11097 y

titulaciones requeridas por la estructura en distintas Escalas de la carrera militar (Escala Superiores, media y básica). En la Disposición Transitoria Quinta se regula el régimen transitorio de promoción interna de los Suboficiales.

La Ley (art. 49.1.) al establecer los criterios que deben presidir los planes de estudios de la enseñanza militar de formación, realiza un verdadero resumen de la filosofía inspiradora de la reforma de la enseñanza militar.

El régimen del alumnado se regula con cierto detalle en los artículos 55 a 60 de la Ley, adquiriendo la condición militar quienes ingresen en los centros docentes militares de formación. Como consecuencia, quedan sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias (65). Extremo que, por otra parte, se había regulado en el artículo 8 de la Ley Orgánica 13/85, del Código Penal Militar y Art. 3 de la Ley Orgánica 12/85, de Régimen Disciplinario de las FAS, siendo novedad que la resolución del expediente disciplinario que acuerde la baja pueda ser objeto de recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central (artículo 59.2).

Los cuadros de profesores de los centros docentes militares estarán constituidos normalmente (66) por militares de carrera vinculados, a través de libre designación o concurso, a materia o grupos de materias específicas, si bien podrán ser impartidas por profesorado civil debidamente titulado

11102. D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 5969, 5979, 5981, 5984, 5986, 5994 y 5997). Un análisis de la significación de la promoción interna y sus previsibles resultados puede verse en el trabajo de ARCE BILBAO: "De la Enseñanza Militar", artículo citado, pág. 1347. Para el Vicealmirante LOPEZ DE ARENOSA DIAZ "Una de las características más innovadoras de la Ley se encuentra en la variedad de procedimientos de acceso a cada Escala; pero, al propio tiempo, al fijar porcentajes mínimos de plazas de ingreso que deben convocarse por promoción interna, sin establecer tope máximos, queda clara la intención del legislador de fomentar la alimentación ascendente de las escalas y dejar el recurso al acceso directo limitado a cubrir las carencias que pueden producirse. El éxito del sistema dependerá del estímulo que genera para fomentar el afán de superación necesario para afrontar las pruebas de acceso y los períodos de formación correspondientes. La Ley no puede hacer más que ofrecer oportunidades; son los individuos quienes han de sentirse estimulado para hacerlas efectivas: ese es el envite que se propone a la ilusión y el honrado afán de superación." (LOPEZ DE ARENOSA DIAZ, Francisco J.: "Reflexiones sobre la Ley núm. 17/1989", en Boletín Informativo para personal, nº 50, Diciembre 1989, pág. 3.

(65) Minoría Catalana sostuvo en el Congreso que debería conservarse la denominación de "cadete", que la Ley ha hecho desaparecer (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11086). Por otra parte, en el Congreso y Senado se objetó (Grupo Mixto-Izquierda) la aplicación del régimen disciplinario militar al proceso de formación de los alumnos (D. Sesiones Congreso núm. 194, pág. 11092. D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 5993, 5994, 5997 y 5998).

(66) La presencia de profesorado civil en los centros docentes militares y el régimen y selección del profesorado militar fueron también objeto de debate en el Congreso (D. Sesiones Congreso Núm. 194, págs. 11080 y 11096) y Senado (D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 5992, 5993, 5994, 5997, 5999).

contratado o por profesores de las Universidades públicas u otros centros del sistema educativo general a través de concierto), cuando se trate de materias correspondientes a la áreas de formación física, humana y técnica que requieran preparación especial y estabilidad en el ejercicio de la docencia.

## X. EL ESTATUTO DEL MILITAR DE CARRERA

El núcleo fundamental de la Ley 17/89 es, sin duda, la determinación del régimen jurídico del militar profesional —que da nombre a la norma— y, dentro de éste, la regulación del estatuto del militar de carrera que integra los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas (67). Era además el aspecto mas necesitado de una reforma que racionalizase la legislación dispersa, confusa y, a veces, hasta contradictoria, dotándola de un carácter unitario dentro del Ministerio de Defensa y coherente con la Ley 30/1984, de la función pública, en cuanto algunos de sus preceptos son bases del Estatuto de los funcionarios públicos en cumplimiento de la reserva constitucional. Tan compleja reforma, que puede comprobarse leyendo la disposición derogatoria de la Ley, hizo necesaria la aprobación de la Disposición Transitoria 2ª estableciendo un periodo de cuatro años (a partir de la entrada en vigor de la Ley 17/89) para la plena aplicación de las normas sobre historiales, destinos, cursos de capacitación, ascensos y evaluaciones.

### 1.- *Adquisición y pérdida de la condición militar de carrera*

La condición de militar de carrera se adquiere al obtener el primer empleo militar e ingresar en la Escala correspondiente, previo juramento o promesa ante la Bandera, de defender a España con lealtad al Rey y fidelidad a la Constitución.

La calificación obtenida al finalizar los estudios en el centro docente militar de formación determina el orden de escalafón que solo puede alte-

(67) Así se destacó en el Senado la importancia del Título V por el portavoz del CDS (Sr. Martínez Sospedra) y el del Grupo Socialista (Sr. González). A este título se presentaron nada menos que ciento cinco enmiendas, debido a que constituye "el elemento nuclear de la Ley, al regular el régimen general de los militares de carrera, quienes según el artículo 207 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas asumiendo la trascendencia de la función militar—constituyen la base orgánica de las fuerzas y garantizan la continuidad de los valores de la institución (D. Sesiones Senado, cit. págs. 6003 y 6005).

Ver para una exposición del estatuto del militar de carrera, el estudio de CERVERA MADRIGAL, José Antonio: "Del régimen General del Militar de Carrera en el DOSSIER de la Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Diciembre 1989, págs. 1348 a 1353. En este artículo se pone de relieve que tales disposiciones básicas requieren un amplio desarrollo reglamentario que permita su plena aplicación antes del primero de enero de 1994.

rarse por razón de ascenso, como consecuencia de situaciones administrativas o por aplicación de las leyes penales o disciplinarias militares. Se configura así el orden de escalafonamiento, que tiene una gran importancia en la vida castrense, como un auténtico derecho subjetivo del militar de carrera.

El retiro del militar de carrera hace cesar la relación de servicios profesionales en la función militar (68) y se diferencia tanto de la “pérdida de la condición de militar de carrera” —desapareciendo, por tanto, el retiro voluntario —como de las “situaciones administrativas” reguladas en el Capítulo 6, del mismo Título (69).

El retirado disfruta de los derechos pasivos, mantiene los asistenciales y de otro orden reconocidos en las leyes (art. 224 de las RR.OO. FAS), podrá usar el uniforme en actos militares y sociales solemnes y deja de estar sujeto al régimen de derechos y obligaciones del personal de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias militares.

El retiro se declara de oficio al cumplir los 65 años (edad de jubilación forzosa fijada en la Administración Civil del Estado), a petición propia en el caso de los Oficiales Generales con treinta años de servicios efectivos o forzosamente en el supuesto de militares que deban pasar a la reserva y no cuenten con veinte años de servicios efectivos.

El art. 65 establece las causas por las que se pierde la condición de militar de carrera: renuncia, permanencia en la situación de excedencia voluntaria más de diez años consecutivos o alternos, pérdida de la nacionalidad española, penas de pérdida de empleo, inhabilitación absoluta o especial, sanción disciplinaria de separación del servicio o ausencia del destino sin causa justificada por más de seis meses (70).

La renuncia se condiciona al cumplimiento del tiempo de servicios efectivos que reglamentariamente se determine desde el acceso a la condición militar o desde que se ultimen los cursos de perfeccionamiento o de altos Estudios Militares, sin que este tiempo pueda ser superior a 15 años (71).

(68) También los Oficiales Generales pasarán a la situación de retiro, salvo lo que ya se encuentren en las situaciones de reserva, segunda reserva o tengan dicha categoría a la entrada en vigor de la Ley (Disposición Transitoria Primera)

(69) Ver, Senador Díez González (D. Sesiones del Senado, cit. pág. 6005). También, LUIS SANCHEZ: “El estatuto profesional de los militares”, en Revista de Defensa, Julio 1988, pág. 6. Debemos considerar parcialmente derogado el artículo 233 de las Reales Ordenanzas para las FAS.

(70) Objetaron esta disposición en el Senado el Grupo Mixto y Coalición Popular (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6002 y 6004).

(71) Esta disposición provocó enmiendas del CDS y Grupos Parlamentario Mixto en el Congreso (D. Sesiones Congreso núm. 194, págs. 11080, 11089 y 11097) y del CDS y Coalición Popular en el Senado (D. Sesiones Senado núm. 126, págs. 6003, 6004, 6005 6006)

## 2. *Historiales y destinos*

Los historiales militares, constituidos por la Hoja de Servicios, la colección de informes personales (72), el expediente académico y el expediente de aptitud psicofísica, son imprescindibles para las evaluaciones y clasificaciones del militar.

Los destinos del militar de carrera se clasifican, a efectos de su asignación en destinos de libre designación, de concurso de méritos y de provisión por antigüedad (73) autorizándose al Ministro de Defensa para reglamentar las normas generales de clasificación y provisión de destinos. Sin embargo, la Ley establece algunos criterios generales y algunas excepciones como la posibilidad de cubrir destinos de libre designación sin publicación previa de la vacante (74), las particularidades de la mujer en los destinos derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas o la facultad de asignar destinos o ceses por necesidades del servicio (artículo 74.2, y 5 y art. 78). La facultad de los Jefes Militares de proponer el cese de un subordinado por falta de idoneidad, que hoy regula el art. 77.3 de la Ley 17/89, estaba ya recogida en el art. 98 de las R.R.OO. de las FAS, añadiéndose ahora las normas generales para el cese en los destinos y el supuesto excepcional de cese acordado por el Ministro de Defensa por necesidades del servicio (art. 78).

## 3. *Ascensos*

El régimen de los ascensos se trata en la Ley 17/89 con un criterio unitario para los tres Ejércitos y Cuerpos comunes de las FAS, teniendo en cuenta la gran importancia de esta materia para la carrera militar, pues —como dice el

y 6009), proponiéndose soluciones alternativas en un largo debate sobre el texto del Proyecto. La orden Ministerial 25/90 regula la concesión de excedencias voluntarias y admisión de renuncias a la condición de militar de carrera del personal del Arma de Aviación, Escala del Aire, del Ejército del Aire.

(72) Izquierda Unida en el Congreso (D. Sesiones Congresos, cit. pág. 11092) y el Grupo Mixto en el Senado (D. Sesiones Senado, cit. págs 6002 y 6008) intentaron eliminar de los historiales militares los informes personales, mientras otros Grupos (CDS y Coalición Popular) propusieron el acceso del interesado al historial o al contenido de la calificación, si fuere negativa (D. Sesiones Senado, cit. pág. 6004).

Ver para el estudio del "Historial Militar", el libro de MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit. págs. 135 a 145.

(73) El sistema de provisión por antigüedad fue rechazado por Izquierda Unida en el Congreso (D. Sesiones del Congreso, cit., pág. 11092) y por el Grupo Mixto en el Senado (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6002, 6003 y 6007).

(74) Procedimiento criticado por algunos Grupos Parlamentarios en el Congreso y Senado (D. Sesiones del Congreso, cit. pág. 11085 y D. Sesiones del Senado, cit., págs 6003 y 6004). Ver un extenso estudio sobre las normas de "provisión de destinos" anteriores y vigentes en MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit. págs. 195 a 246.

art. 214 de los RR.OO. para la FAS—“el militar de carrera debe tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores que las plantillas fijadas legalmente le permitan alcanzar. La falta de interés en perfeccionar las condiciones requeridas para merecer el ascenso es muestra de poco espíritu militar” (75).

La regulación legal de los ascensos guarda notable identidad con el art. 215 de las RR.OO. que también dispone que los ascensos se producirán con ocasión de vacante, por antigüedad, selección o elección y que los ascensos extraordinarios o por méritos de guerra se registrarán por ley. El art. 81 de la Ley 17/89 concreta los ascensos extraordinarios y por méritos excepcionales, a los que el Gobierno conceda con carácter honorífico al militar de carrera que haya cesado en el servicio activo o a título póstumo.

Ciertamente la materia se encontraba necesitada de una norma global unificadora de los distintos sistemas reguladores de los ascensos militares en las Fuerzas Armadas (76) cuya disparidad —muchas veces injustificada— ha obligado al legislador a incluir en la norma la Disposición Transitoria Cuarta un régimen transitorio de ascensos.

(75). “...en una estructura jerarquizada como la de las Fuerzas Armadas, donde para ocupar un puesto concreto es necesario haber alcanzado determinado empleo militar, es esencial la regulación del régimen de ascensos...” (Senador DIEZ GONZALEZ, D. Sesiones Senado cit. pág. 6007).

(76) Los ascensos, estaban regulados por la Ley 48/1981 (Ejército de Tierra), Ley 78/1968 (Armada), Ley 51/1969 (Ejército del Aire), Ley 9/1985 (Cuerpo Militar de Intervención), Ley 6/1988 (Cuerpo Jurídico Militar) y Ley 81/1980 (Ascensos Honoríficos). Normas Básicas que habían sido desarrolladas por numerosas disposiciones reglamentarias.

La evolución histórica y regulación de los sistemas de ascenso en el Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, así como el régimen establecido por Ley 17/1989 se exponen de forma muy detallada en la obra de MUÑOZ ALONSO: “Derecho Administrativo Militar”, Tomo II, ob. cit. págs. 247 a 306.

Para JAMBRINA VALEIRAS la mayor o menor adecuación del nuevo sistema de ascensos al logro de los objetivos propuestos dependerá de los siguientes aspectos:

- a) Determinación de unos tiempos de condiciones generales y particulares para el ascenso adecuado al modelo de trayectoria profesional que la ley diseña.
- b) Programación de la enseñanza de formación y de los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de empleos superiores.
- c) Fijación de unas normas objetivas de valoración que tiendan siempre a situar al individuo con relación al grupo a que pertenece, tanto en lo relativo a valoración de méritos y aptitudes como de cursos y destinos desempeñados.
- d) Valoración, en línea con lo anterior, de la enseñanza complementaria en función del rendimiento profesional y no como una mera acumulación de títulos y diplomas.
- e) Fijación de los parámetros que determinan las zonas del escalafón para las evaluaciones en los sistemas de elección y selección, para que la objetividad de las clasificaciones y la igualdad de oportunidades queden suficientemente garantizadas.
- f) Adecuada conducción del escalafón, mediante el uso de los mecanismos que permitan que su adaptación al modelo de trayectoria profesional que se pretende y que evite graves disfunciones en la secuencia de los ascensos.

(JAMBRINA VALEIRAS, J. Carlos: “Ascensos, evaluaciones y clasificaciones en la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional”, en Revista General de Marina, Diciembre de 1989, págs. 764 y 765).

La discusión parlamentaria se centró en los tres sistemas clásicos de ascenso: antigüedad, selección y elección, según los diferentes empleos (art 83) y Escalas. Ante la pretensión de dar primacía al sistema de selección frente a la antigüedad o elección (77) se destacó la ampliación del sistema de elección, tradicionalmente utilizando para los ascensos a General, y la innovación que supone el sistema de selección en el que un porcentaje (entre un 10 y un 50 por 100) asciende por orden de clasificación (méritos) y el resto por orden de escalafón, criterio que se aplica en el sistema de ascenso por antigüedad (Comandante y Capitán de las Escalas Superiores, Capitán y Teniente de las Escalas Medias y Brigada y Sargento de las Escalas Básicas), con lo que se logra un equilibrio entre los tres sistemas mencionados.

La Ley determina también las condiciones para el ascenso (art. 84), es decir: tiempo de servicios efectivos, tiempo de mando o funciones de cada Escala o empleo y Cursos de capacitación para el ascenso (78); las vacantes que deben darse al ascenso (art. 85), la concesión de los ascensos (art. 86) y la declaración de "no aptitud para el ascenso" y sus consecuencias (79).

#### 4. *Evaluación y clasificaciones.*

El sistema de evaluación y Clasificaciones que, seguidamente, arbitra la Ley resulta necesario para determinar la aptitud para el ascenso del militar de carrera. La evaluación determina la aptitud, la no aptitud para el ascenso (sistemas de selección y antigüedad), las condiciones de prelación e idoneidad (sistemas de elección y selección), la selección para la asistencia a determinados cursos de capacitación, para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o la determinación de si existe insuficiencia de facultades profesionales o condiciones psicofísicas, a efectos de pase a la reserva o limitación para ocupar determinados destinos. En los

(77) Las enmiendas fueron de Izquierda Unida —Iniciativa per Catalunya en el Congreso y del Grupo Mixto en el Senado (D. Sesiones del Congreso, cit., pág. 11092 y D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6002, 6003 y 6007). Para la legislación hasta ahora vigente en materia de ascenso ver el extenso artículo de Pascual GARCÍA BALLESTER: "Algunos aspectos de las clasificaciones de jefes y oficiales en la normativa de ascensos de las fuerzas armadas", en la obra colectiva "Libertades Públicas y Fuerzas Armadas", Madrid 1985, págs. 603 y ss. Muñoz Alonso, José Manuel: "Ascensos en el Ejército de Tierra", en REDEM, (núm. 44-50 (1987), págs. 59 y ss.

(78) El sistema de selección de un número limitado de concurrentes para asistir a determinados cursos de capacitación motivó la presentación de enmiendas por el CDS y Minoría Catalana en el Congreso (D. Sesiones del Congreso, cit., págs 11081 y 11085) y por Convergencia i Unió y CDS en el Senado (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6003 y 6004).

(79) El Grupo de Coalición Popular en el Senado (Sr. Sanz Escalera) pidió que la declaración de no aptitud para el ascenso requiera la previa audiencia del interesado (D. Sesiones del Senado cit., pág. 6004).



sistemas de ascenso por selección o elección las evaluaciones darán origen a las correspondientes clasificaciones, que determinarán la ordenación de los evaluados dentro de su Escala y empleo con vistas a un próximo ascenso.

La Ley establece unas normas generales (art. 89) sobre las evaluaciones, su periodicidad (ciclos de evaluación), y órganos competentes para realizarlas (art. 90).

## 5. Situaciones

Uno de los aspectos de mayor trascendencia del Estatuto profesional del militar es la regulación de las situaciones administrativas (80) al que se refiere el Capítulo 6 y último del Título V de la Ley 17/89, su disposición Adicional Octava (adaptación de las situaciones administrativa, particularmente de las situaciones de reserva activa y transitoria), y los arts. 210 y 211 de las RR.OO.

Las situaciones administrativas de los militares de carrera son: servicio activo, disponible, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo, suspenso de funciones y reserva. Se han eliminado como situaciones militares la de retiro, *procesado*, *supernumerario*, *reemplazo por herido o enfermo*, *prisionero de guerra*, *desaparecido* y *situaciones particulares*.

La Ley regula la situación de servicio activo, delimitándola temporalmente con la situación en que se pueden encontrar los prisioneros (de guerra), desaparecidos, lesionados o enfermos.

La situación de "servicios especiales" abarca las misiones internacionales, elección para órganos constitucionales, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Presidencia del Gobierno, Gabinetes de Ministros y Secretaríos de Estado no relacionados con la Defensa, y los servicios en organismos, entidades o empresas del sector público calificados de interés para la defensa.

La "excedencia voluntaria" puede tener su origen en la llamada "excedencia por incompatibilidad" (81), por actividades políticas, por interés particu-

(80) El Real Decreto 734/1979 regulaba las situaciones del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas.

Un excelente estudio sobre las situaciones administrativas militares (antecedentes mediatos, Reales Ordenanzas para las FAS, Real Decreto 734/1979, regulación en la Ley 17/1989, situaciones de reserva transitoria, reserva activa, "situación especial para la realización de actividades políticas y sindicales y situación de postergado) puede consultarse en el libro de MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit. págs. 159 a 193.

(81) Es preciso encontrarse en servicio activo en otro Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas, Justicia u organismos, entidades o empresas del sector público, sin que puedan optar por la excedencia voluntaria en su Escala los militares que no hayan cumplido el tiempo mínimo de servicios efectivo que se determine, desde su acceso a la condición de militar de

lar (82), por ingreso como alumnos de los centros militares de formación y para atender el cuidado de un hijo, debiendo destacarse el paralelismo de esta regulación con el establecido en la Ley 30/84 para los funcionarios públicos.

La concesión de excedencia voluntaria en los supuestos de determinadas actividades políticas del militar —cuando sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos o nombrados miembros del Gobierno, órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos —ha significado la derogación expresa del Real Decreto —Ley 10/1977, de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas y de los RR.DD. 706/1977 y 1113/1977 (83) que obligaban al militar a solicitar y obtener el pase a la situación de retirado —salvo el caso de los Generales— para poder ejercer las actividades políticas y sindicales prohibidas a los militares.

De forma que, después de la Ley 17/89, se mantiene el deber de neutralidad política de los miembros de las FAS en activo (no participar en actividades políticas y sindicales) en los términos establecidos en los arts. 180, 181 y 182 de las RR.OO., cuya vulneración puede significar la comisión de las faltas graves o leves disciplinarias militares previstas en los arts. 8-30º y 31º y 9-28º de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS.

carrera o desde la finalización de determinados cursos (ver la enmienda del CDS en el Senado, D. Sesiones del Senado, cit., pág. 6003).

(82) La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular también está condicionada a los tiempos mínimos de servicios efectivos que se exigen para la "excedencia por incompatibilidad" (artículo 100. 1. a.) y para la renuncia (artículo 65. 1. a.), completándose así las consecuencias del compromiso del militar para permanecer prestando servicio activo, derivadas del alta coste de su formación o especialización. La realización de cursos es una opción voluntaria que conlleva la obligación de continuar en el ejército durante un periodo de tiempo establecido. Compromiso que no puede ser desconocido unilateralmente por el militar a través de renuncia o excedencia voluntaria. La Orden Ministerial 25/90 regula la concesión de excedencias y admisión de renuncias a la condición de militar de carrera del personal del Arma de Aviación, Escala del Aire, del Ejército del Aire.

(83) Ver sobre esta materia los trabajos de FERNANDEZ FLORES, SERRANO ALBERCA, CASADO BURBANO, GARCIA HERRERA, EYMAR ALONSO, CORRALES ELIZONDO, MIRALLES, ALTOZANO FORADADA y LASTRES LENS, entre otros, en la publicación "Libertades Públicas y Fuerzas Armadas", Madrid 1985. SERRANO ALBERCA: "La protección de las libertades públicas del militar", en *Revista de Administración Pública*, núm. 103. PELLON RIVERO, Ricardo: "La Libertad de opinión en las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 37. PELLON RIVERO, CORRALES ELIZONDO Y DEL OLMO PASTOR: "La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", Primeras Jornadas de los Servicios Jurídicos de las FAS, enero 1984. CASADO BURBANO, Pablo "Iniciación al Derecho Constitucional Militar", Madrid, 1986. La doctrina había puesto de manifiesto la dudosa constitucional del Real Decreto-ley 10/77, norma preconstitucional típica del período de transición política que ahora se deroga.

Sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares de carrera y empleo, puede consultarse la obra de MUÑOZ ALONSO: *Derecho Administrativo Militar*, Tomo II, ob. cit. págs. 353 a 377.

Sin embargo, para el ejercicio de tales actividades basta el pase a las situaciones de excedencia voluntaria o servicios especiales, pues al obtenerlas el militar "dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias militares". Como precaución especial, permanecerán durante 2 años en esta situación de excedencia voluntaria, los militares designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos si no resultasen elegidos o desde la terminación de su mandato o, desde su cese en los cargos públicos, los nombrados para éstos (84).

Además de las situaciones de suspenso de empleo (como consecuencia de la ejecución de sentencia firme o sanción disciplinaria) y suspenso de funciones (derivada de la tramitación de procedimiento judicial o incoación de expediente gubernativo, pero no de la suspensión cautelar de funciones prevista en el art. 4 de la Ley Orgánica 12/1985), la gran novedad de la Ley 17/89 —y uno de sus aspectos más polémicos— es el establecimiento de la situación de "reserva". Ciertamente se trata de una novedad relativa pues, como consecuencia de la política de reducción de plantillas de personal en los Ejércitos, se habían regulado las situaciones de Reserva Activa (Ley 20/1981) y de Reserva Transitoria (Reales Decretos 1000/1985 y 741/1986) que se adaptan a esta Ley por la Disposición Adicional Octava, apartados 2 y 3.

La situación de reserva es intermedia entre el retiro y el servicio activo; en ella no se podrá ascender (excepto con carácter honorífico), ni ocupar destinos (salvo determinados puestos orgánicos del Ministerio de Defensa), se percibirán las retribuciones previstas en el sistema retributivo del personal de las FAS (85), se estará sometido al régimen de incompatibilidades y,

(84) En el Congreso, el Diputado Sr. Cavero Lataillade pidió una disposición transitoria nueva para solucionar la situación de algunos militares (dos Generales) que "renunciaron a sus carreras militares —aún cuando tenían expectativas importantes— para servir al país desde los escaños de Diputado" (D. Sesiones del Congreso, cit., págs. 11082 y 11100). En el Senado, el Sr. Martínez Sospedra (CDS) propuso reducir el plazo de tres años a un año y el Sr. Sanz Escalera (Coalición Popular) igualar el derecho de los militares a participar en política con el vigente para jueces y magistrados (D. Sesiones del Senado, cit., págs 6004 y 6005).

Ver también ; AURELIO GUAITA: "Los Derechos Fundamentales de los militares" en "Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", ob. cit. págs. 2563. En la misma obra, LOPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús M.: "El acceso del militar profesional a los cargos públicos electivos. Antecedentes, Constitución de 1978 y Derecho positivo actual", págs 2587 y ss.

LÓSTAU FERRAN, Francisco: " Los Derechos Constitucionales y las Fuerzas Armadas", págs. 2641 y ss. PELLON RIVERO, Ricardo: "Actividades políticas y Fuerzas Armadas", págs. 2811 y ss.

(85) Minoría Catalana en el Congreso (Sr. Salas Moreno) y Convergencia i Unió (Companys i San Feliu) y Coalición Popular (Sanz Escalera) en el Senado, mantuvieron la postura de que los militares en reserva deben conservar iguales retribuciones que los activos hasta el retiro,

aunque nada dice la Ley, se estará sujeto —salvo las anteriores peculiaridades— al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias militares, al tratarse de una situación administrativa en la que no se pierde la condición de militar (86).

Se accede a la situación de reserva al cumplir determinado tiempo de permanencia en los empleos de Oficial General o treinta y dos años desde el acceso a las Escalas Superiores de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina (87), al transcurrir cuatro años en el caso de los declarados no aptos para el ascenso con carácter definitivo (desde el momento en que ascienda cualquiera que les siga en el escalafón), al ser declarado no apto para el servicio por insuficiencia de facultades profesionales o condiciones psicofísicas, a petición propia (cumplidos 25 años de servicios efectivos), al cumplir determinadas edades (de pase a la situación de reserva, según empleos, Escalas y Cuerpos) o por decisión del Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, en el caso de los Oficiales Generales.

## XI. LOS MILITARES DE EMPLEO

El personal de esta nueva modalidad de profesionales militares presta sus servicios de forma no permanente, complementa los cuadros de Mando de las FAS y constituye los efectivos profesionales de tropa y marinería de los Ejércitos (88).

como los funcionarios civiles del Estado (D. Sesiones del Congreso, cit. pág. 11085 y D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6003 y 6005).

(86) Así, el artículo 3 de la Ley Orgánica 12/1985 dispone la sujeción al régimen disciplinario castrense de los militares profesionales comprendidos en "cualquiera de las situaciones que integran las actividad y las de reserva". Y el artículo 8 de la Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar, incluye en la definición de militares a los que se hallen en "cualquiera de las situaciones de actividad y las de reserva".

(87) La obligación de pasar a la reserva al cumplir 32 años en determinados Cuerpos y Escalas fue, sin duda, el aspecto más polémico de la Ley. Durante la tramitación parlamentaria enmendaron esta norma en el Congreso el Grupo Parlamentario del CDS (Sr. Cavero Lataillade), el Grupo Parlamentario Mixto (Sr. Mardones Sevilla), El Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (Sr. Iglesias Argüelles) y el Grupo Parlamentario de Coalición Popular (Sr. Trillo y López Mancisidor), hasta llegar a una enmienda transaccional: la actual Disposición Transitoria Tercera de la Ley, que establece un calendario progresivo de adaptación que comienza en 35 años (D. Sesiones Congreso, cit., págs. 11081, 11090, 11093, 11095 y 11097). No obstante, en el Senado se volvió a presentar una enmienda por el CDS (Sr. Martínez Sospedra), a la que contestó el portavoz del Grupo Socialista (Sr. Díez González) con datos relativos al propósito de rejuvenecer los ejércitos (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6004, 6007 y 6008).

(88) Para la regulación de las Escalas de complemento y de Especialistas, así como para las normas específicas del estatuto del militar de empleo, ver MUÑOZ ALONSO: "Derechos Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit., págs. 337 a 352.

Ver también, el excelente estudio de MURCIA ROLDAN "De los Militares de Empleo" en el DOSSIER publicado en la Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Diciembre de 1989. En

La relación de servicios profesionales de estos militares —que suceden a las Escalas de Complemento y al personal de Tropa y Marinería profesionales— se establece mediante compromisos temporales, prorrogables sin rebasar los ocho años de servicio en las FAS (art. 105).

Las categorías son dos: Oficial (empleos de Teniente y Alférez) y Tropa y Marinería (Cabo Primero, Cabo y Soldado), sin que existan militares de empleo de categoría de Suboficiales.

En la Ley se determinan algunos aspectos del Estatuto de estos militares de empleo, como los historiales militares, provisión de destinos, evaluaciones y situaciones administrativas, así como su acceso a la enseñanza militar de formación para adquirir la condición de militar de carrera, a la que podrán acceder por el sistema de promoción interna (art. 47).

El compromiso se termina como consecuencia de condena por delito doloso y se podrá resolver como consecuencia de delito culposo, sanción disciplinaria por falta grave, pérdida de condiciones psicofísicas o a petición del interesado.

## XII. OTRAS DISPOSICIONES DE LA LEY 17/1989

Al analizar la estructura de la Ley, habíamos destacado que regula también una serie de cuestiones heterogéneas relacionadas con el régimen del personal militar. Así, la Disposición Final Primera reglamenta las recompensas militares por hechos o servicios de guerra y en tiempo de paz, extendiendo a los Suboficiales la posibilidad de ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, para premiar la constancia en el servicio y la intachable conducta de los militares de carrera. En consecuencia, se degrada al rango reglamentario y se modifica la Ley 15/1970, General de Recompensas de las FAS.

Asimismo se regula la uniformidad, (facultando al Ministro de Defensa para establecer sus normas generales y limitaciones), y el sistema retributivo de los miembros de las FAS, que será el de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, adaptado a la estructura jerarquizada de las FAS, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de sus cometidos. (Disposiciones Finales Segunda y Tercera).

Particular interés reviste la reforma de determinados aspectos de la Seguridad Social de los militares a través de la modificación de la legislación

este trabajo se destacan las novedades de la ley: agrupación bajo un sólo nombre de los grandes colectivos actuales (oficiales de las Escalas de complemento y efectivos de tropa y marinería profesional), inexistencia de suboficiales de complemento y status basado en la profesionalidad e interinidad.

de clases pasivas en relación con los alumnos de Centros docentes militares de formación, con quienes se encuentren prestando el servicio militar en cualquiera de sus formas y con la extinción del Cuerpo de Mutilado de Guerra por la Patria, objeto de numerosas enmiendas en la tramitación parlamentaria (89).

En efecto, el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria fue ya declarado a extinguir por la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, produciéndose entonces una peligrosa laguna legal, que ocasionó la desprotección del personal de Tropa y Marinería accidentado en acto de servicio durante su prestación del servicio militar obligatorio. Realmente este personal debe tener cubiertas todas sus contingencias —y no sólo las derivadas de acto de servicio— por el Régimen Especial de la Seguridad Social de las FAS y concretamente, los que prestan el servicio militar están protegidos por el Instituto Social de las FAS como gestor del régimen especial, conforme a los preceptos de la Ley 28/75 y de su Reglamento General aprobado por Real Decreto 2330/1978 (90).

Para regular de forma satisfactoria esta situación, se declara a extinguir el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria a partir del 1 de Enero de 1990, se concede un plazo extraordinario para el ingreso en el mismo (hasta el 1 de Diciembre de 1989), se dispone el pase a la situación de retirado de todos los miembros de dicho Cuerpo (excepto los Oficiales Generales que pasarán a la segunda reserva) al año de entrada en vigor de la Ley 17/89, se autoriza la regulación reglamentaria de los derechos pasivos de este personal garantizando su cuantía y se mantienen el régimen de compatibilidad regulado en el artículo 10 de la Ley 5/ 1976 y los beneficios y prerrogativas de carácter honorífico a los que hace referencia la Disposición Común Séptima de la

(89) En el Congreso mostraron su preocupación por esta materia el Grupo Parlamentario del CDS (Sr. Cavero Lataillade), Minoría Catalana (Sr. De Salas Moreno), el Grupo Parlamentario Mixto (Sr. Ramón Izquierdo), el Grupo de Coalición Popular (Sr. Trillo y López Mancisidor) y el Grupo Parlamentario Socialista (Sr. Barrero López). En el Senado se añadió una nueva Disposición Adicional para regular estos supuestos con el consenso de la Cámara (D. Sesiones del Congreso, cit., págs. 11083, 11087, 11088, 11094 y 11099

D. Sesiones del Senado, cit., pág. 5966)

(90) Ver, GARCIA LOZANO, Carlos:

"La Seguridad Social de las Fuerzas Armadas", en Revista Española de Derecho Militar, núm. 30, 1975. DOLZ LAGO, Manuel: "El régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas", en Revista de Seguridad Social, núm. 10. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L.: "Disposición Adicional", en "Comentarios al Código Penal Militar", ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 2063 y ss.

(91) Ver, para el estudio del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el régimen jurídico de las pensiones y haberes pasivos, los extensos trabajos contenidos en el libro de MUÑOZ ALONSO: "Derecho Administrativo Militar", Tomo II, ob. cit. págs. 310 a 322 y 505 a 562.

referida Ley (91).

Al propio tiempo, se modifica el art. 52 de Real Decreto legislativo 670/1987 (texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado) para reconocer la correspondiente pensión a los alumnos de los Centros docentes militares de formación y a quienes estuvieren prestando el servicio militar (o sus cónyuges, hijos o padres), que se inutilicen, fallezcan o desaparezcan en el curso de su proceso de formación o del servicio militar (siempre que sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo), extendiéndose esta protección a las pensiones o indemnizaciones por un sola vez que reglamentariamente se determinen para el caso de lesiones permanentes no invalidantes o no determinantes de inutilidad absoluta para todo trabajo, cuando no tenga derecho a ellas por ningún régimen público de Previsión Social.

## EL CONCEPTO PENAL DE FUERZA ARMADA \*

Eduardo CALDERÓN SUSÍN

*Doctor en Derecho*

*Teniente Coronel Auditor*

### SUMARIO

1. INTRODUCCION.— 2. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS QUE CONFIGURAN EL CONCEPTO. 2.1. Ser militar. 2.2. Vestir de uniforme. 2.3. Portar armas. 2.4. Prestar servicio.— 3. EXAMEN DE DETERMINADOS SUPUESTOS PARTICULARES. 3.1. Los centinelas. 3.2. Los miembros de la Guardia Civil. 3.3. La Policía Militar. 3.4. Los militares en general. 3.5. Otros cuerpos o institutos armados. 3.6. Las denominadas salvaguardias.— 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

#### 1. INTRODUCCION

La protección penal de las funciones del centinela y en general de la legalmente denominada "fuerza armada", vino cubierta, en nuestro ordenamiento jurídico, por las leyes penales militares, con lógica consecuencia de atribuir el conocimiento de las infracciones correspondientes a la Jurisdicción militar.

Esa tradicional y privativa regulación de la ley penal militar ha quebrado desde la entrada en vigor, en 1 de junio de 1986, 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", consecuente a la cual se ha incrustado en el texto común un nuevo artículo, el 235 bis, que castiga diversos comportamientos si el que los sufre merece la calificación de fuerza armada; el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 14/1985, explicando las razones del acarreo desde el Código de Justicia Militar

(\*) Trabajo preparado, en el año 1988, para el libro homenaje al desgraciadamente desaparecido Coronel Auditor y Catedrático de Derecho Penal D. José María Rodríguez Devesa.



al Código Penal de algunas de las infracciones en aquél instaladas, viene a reconocer que la esencial estriba en la sustracción de las mismas a la competencia de la Jurisdicción militar; por ello, tal Preámbulo, se inicia indicando que "la próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de Justicia Militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzca la discriminación de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la Jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal" (1).

No obstante la inserción en el texto penal común del artículo 235 bis (2), con la dicha secuela competencial, el vigente Código Penal Militar, promulgado mediante la Ley Orgánica 13/1985, también de 9 de diciembre, otorga asimismo protección al servicio de armas prestado por los militares, al recoger en su artículo 85 determinados ilícitos contra el centinela, sirviéndose de un concepto extensivo de esta figura (3) y construyendo el tipo con sujeto activo indiferenciado, además de castigar conductas parejas, aunque descritas asimétricamente, a las contempladas en el artículo 235 bis del Código Penal, cuando el que las lleva a cabo es militar, o, incluso no mediando tal condición en el sujeto activo, si los hechos se perpetran en tiempo de guerra (4); de esta manera el artículo 85 del texto militar deja casi sin contenido al artículo 235 bis del Código Penal.

Circunscritas las presentes líneas al estudio del sujeto pasivo de la acción en todas estas figuras delictivas, o más concretamente, al concepto legal de

(1) La transitoriedad de la incorporación fue una afirmación un tanto gratuita y que hoy en día, pasados ya más de tres años, ni se ha cumplido ni tiene visos de hacerlo, aunque la más que conveniencia de un nuevo Código Penal parezca evidente; ciñéndonos a lo que aquí interesa, desde luego ni el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal de 1980, ni la propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código Penal publicada a finales de 1983 por el Ministerio de Justicia, recogían todas las conductas previstas en esta Ley Orgánica 14/1985.

(2) Dice el artículo 235 bis del Código Penal: "El que maltratase de obra la fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con la pena de prisión menor en los grados medio o máximo.

El que, en iguales circunstancias, hiciere resistencia grave a fuerza armada, se le impondrá la pena de prisión menor en sus grados mínimo o medio.

El que, en las circunstancias del párrafo primero, desobedeciere órdenes de fuerza armada se le impondrá la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas".

Termina el artículo dando una definición de fuerza armada, que es el objeto de las presentes líneas.

(3) En su artículo 11.

(4) Establece el artículo 85 del Código Penal Militar: "El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes del centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos. Si el maltrato fuere efectuado con armas se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior; si se causaren lesiones graves será castigado con

fuerza armada, me remito a otros lugares en cuanto a la dogmática de los correspondientes delitos (5).

Desde los comienzos de la codificación penal militar se ha incluido en nuestras leyes, no ya sólo la protección penal de la fuerza armada, sino un concepto de la misma, arrancando del Código Penal del Ejército de 1884 (6), pasando por el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 (7) y el de Justicia Militar de 1890 (8), para, ya desde el de 1945, llegar a nuestros días en el vigente Código Penal Militar, ahora, eso sí, coincidiendo con un concepto paralelo en el artículo 235 bis del Código Común, (9), donde aho-

la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte se impondrá la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte. En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada, y el que, en tiempo de guerra cometa este delito”.

(5) Sobre el artículo 85 del Código Penal Militar, ver MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Comentarios al Código Penal Militar”, coordinados por R. Bleuca Fraga y J.L. Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid, 1988, capítulos XLVIII (“delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar”), pág. 975 y ss.

En relación al artículo 235 bis del Código Penal, además de los manuales de la Parte Especial de Derecho Penal, CALDERON SUSIN, Eduardo, “La protección penal de determinada fuerza armada”, en “Comentarios a la Legislación Penal”, dirigidos por M. Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1989, pág. 541 y ss.

(6) Eran los artículos 181 a 185 los que se ocupaban de esta gama de delitos, señalando el último de ellos que “para los efectos de los anteriores artículos, se considerarán como fuerza armada los individuos de la Guardia Civil y de Carabineros, o de cualquier otro Instituto análogo sometido a las leyes militares, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar o con ocasión de él”.

Ver, UGARTE, Javier, “Código Penal del Ejército”, tomo II, imprenta J. Quesada, Madrid, 1885, pág. 353 y ss.

(7) Se contenía esta serie de delitos en los artículos 276 a 279, estableciéndose en este último: “para los efectos de este capítulo (el dedicado al insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada) se considerarán como fuerza armada los individuos de las brigadas de guardias de arsenales o de cualquier otro instituto análogo sometido a las leyes militares de Marina, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar o con ocasión de él”.

(8) Eran los artículos 253 a 258 los referentes a este grupo de delitos, de los que el 257 daba por supuesto el concepto de centinela y de fuerza armada, haciendo, eso sí, una extensión de los mismos; decía así:

“Se considerará centinela, para los efectos de los artículos anteriores, el encargado del servicio telegráfico militar, y el imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del cuartel.

Se reputa asimismo fuerza armada a toda pareja encargada de la conducción de pliegos y órdenes”. El artículo 7.4. reputaba fuerza armada “a los individuos del Ejército en actos del servicio de armas, o con ocasión de él, y a los de Guardia Civil y Carabineros, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio del Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad civil, administrativa o judicial”.

Ver, CONEJOS D’OCON, Antonio, “Código de Justicia Militar” imprenta F. Doménech, Valencia, 1895, pág. 217, 218, 219, 320 y 391.

(9) En su redacción originaria el artículo 312 señalaba:

“Para los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos de los Ejércitos en actos de servicio de armas o con ocasión de él, y a los de Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, administrativa o judicial.”

ra tras describir determinadas conductas antijurídicas en las que puede ser paciente la fuerza armada (10), se desarrolla, a modo de interpretación auténtica, un concepto a cuyo tenor se entiende por tal a "los militares que, vistiendo de uniforme y portando armas, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado"; proposición construida con poca fortuna gramatical y que, en cuanto a su contenido, ha sido objeto de juicios encontrados.

Así mientras hay quien mantiene que "el contenido del concepto se halla delimitado adecuadamente" (11), no falta quien lo tilda de "confuso" (12) o piensa que sería deseable una construcción dogmática unitaria para evitar significaciones distintas según el lugar donde lo emplee el legislador (13).

Por otra parte, es el artículo 10 del Código Penal Militar donde también se define la fuerza armada; y lo hace de modo muy similar al ya visto en el Código Penal (14), si bien conteniendo específicas referencias a la Guardia

Asimismo "se reputará fuerza armada a los individuos de los Cuerpos o Institutos militares organizados cuando así lo dispongan sus leyes orgánicas y además cuando presten servicio en las circunstancias previstas en el artículo anterior en estado de guerra o a las órdenes de las autoridades militares".

El artículo 313 extendía la consideración de centinela al encargado del servicio militar de transmisiones y al imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del buque, cuartel o establecimiento militar. Ver, por todos, GARCIA SANTOLALLA, José Luis, voz "Insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada", en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIII, Barcelona, 1968, pág. 163. De ellos, sufrió modificación el artículo 312 que, mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre (dictada con la general finalidad de una urgente y transitoria adecuación del Código de Justicia Militar a la Constitución), y para adaptarse a la regulación que, respecto de la Guardia Civil y demás fuerzas de orden público, derivaba en la ley 55/1978 (de 4 de diciembre, de la Policía), quedó así:

"A los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos que en actos de servicio de armas, o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, judicial o administrativa.

Asimismo se reputará fuerza armada:

1º. El comandante y la dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y además, en alta mar, respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación y pasaje.

2º. El comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española.

3º. Los miembros de los Cuerpos e Instituciones militares organizados, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras leyes especiales".

(10) Ver anterior nota (2).

(11) Así, VIVES ANTON, Tomás S., en "Derecho Penal. Parte Especial" (de COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J. ORTS BERENGUER E. y CARBONELL MATEU, J.C.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 154, donde, además, alude a "su defectuosa sintaxis."

(12) Para ROJAS CARO, José, "El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil", en núm. 517-518 (oct.-nov. 1987) de la *Revista General de Derecho*, pág. 5746 y ss.

(13) Según MORALES VILLANUEVA, ob. cit., págs. 262 y 263.

(14) Dice: "a los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomen-

Civil, como ocurre además en el artículo 7. 3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, "de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"; además el propio Código Penal Militar ofrece un concepto de centinela y hace alusión a la Policía Militar como sujeto pasivo de la acción en los tipos de injusto vertidos en el artículo 86; Policía Militar de la que se ocupan, en lo que aquí interesa, el artículo 408 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de diciembre, "por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra", y sus concordantes de las de la Armada (artículo 580 del R.D. 1024/1984, de 23 de mayo) y del Ejército del Aire (artículo 451 del R.D. 494/1984, de 22 de febrero).

Todos estos mimbres deberán ser utilizados para lograr una cabal, si cabe, comprensión del concepto legal de fuerza armadas; a tal fin debe procederse no sólo al análisis de los elementos establecidos tanto en el artículos 235 bis del Código Penal como en el 10 del Militar, sino también, una vez efectuando éste, al estudio de determinados supuestos particulares que puedan restringir el concepto.

## 2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS QUE CONFIGURAN EL CONCEPTO

Los artículos 10 del texto militar y 235 bis del común coinciden sustancialmente, salvedad hecha de la inexplicable diversa construcción sintáctica y de la expresa alusión que aquél hace a la Guardia Civil.

Se exige para la consideración legal de fuerza armada la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) Ser militar.
- b) Vestir de uniforme.
- c) Portar armas.
- d) Prestar un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Examinemos pues estos requisitos, de los que, adelante, pueden plantear problemas sobre todo los dos últimos.

### 2.1. *Ser militar*

Fuerza armada únicamente pueden serlo los militares; para determinar quiénes lo son, hay que acudir a la Ley 85/1987, de 28 de diciembre, "de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", donde se hace referencia genérica al militar, en especial a partir del artículo 26, para aludir, desde el artículo 49, a los diversos "niveles de jerarquía militar", empezando por el marinero o soldado; no se ofrece, sin embargo, un concepto general o determinado.

dados a las Fuerzas Armadas reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución".

No obstante, en estas Reales Ordenanzas, parece haberse inspirado el Código Penal Militar (15), cuyo artículo 8º prescribe que se entenderá que son militares “quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma, y concretamente, durante el tiempo que se hallen en cualquiera de las situaciones de actividad y de la reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

- 1º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.
- 2º Con carácter obligatorio, se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallan prestando el servicio en filas.
- 3º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas Militares.
- 4º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval como aspirantes a ingresar en ellas.
- 5º Con cualquier asimilación militar presten servicios al ser movilizados o militarizados por decisión del gobierno” (16).

Nada obsta a que nos sirvamos de este concepto aunque en la Ley donde se inserta diga que se entenderá “a los efectos de este Código”, porque, como se ha dicho, está basado en lo prescrito por las Reales Ordenanzas y, además, debido a la idea de elemental congruencia del ordenamiento jurídico, porque alimenta a otro concepto, el de fuerza armada, que si bien se define tanto en la ley militar como en la común, es idéntico, de modo que, si en la definición del artículo 10 del Código Penal Militar forma parte de la misma su artículo 8, lo mismo debe concluirse en relación al artículo 235 bis del Código penal.

Por otra parte, no importa entrar aquí en el estudio del intrincado mundo de las escalas y situaciones militares, ni de la vidriosa categoría del militar profesional, puesto que el concepto de fuerza armada viene integrado por otros requisitos que delimitan por sí el círculo de militares que puedan ser calificados de fuerza armada.

En otro orden de ideas, nada obsta para que un solo militar pueda ser calificado de fuerza armada, aunque en las definiciones legales se utilice el

(15) En el mismo sentido, MORALES VILLANUEVA, “Comentarios al Código Penal Militar”, ob. cit., pág. 283.

(16) Ver la exégesis de este precepto en MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro, “Comentarios al Código Penal Militar”, ob. cit., pág. 215 y ss.

plural, si los demás requisitos, del concepto a examinar a continuación, concurren en un militar aislado.

## 2.2. *Vestir de uniforme*

Para reputar fuerza armada al militar se necesita que vista de uniforme, entendiéndose por tal el vestido peculiar y distintivo que utiliza como tal (17); ha de ser precisamente el que requiera la prestación del servicio que va a otorgarle la cualidad de fuerza armada, viniendo establecido, cuál sea en concreto, de modo reglamentario y, en ocasiones, incluso en las normas de régimen interior u órdenes particulares.

Lo fundamental es que el uniforme otorga la apariencia por la que se da a conocer externamente la condición del militar; lograda esa apariencia o exteriorización, ello bastará para cumplir el requisito, aunque haya incorrecciones formales, cierto desaliño o falte algún elemento, objeto o prenda. Lo esencial es que se capte, por el sujeto activo, que se trata de un militar vestido de uniforme (18), puesto que formando, la exigencia, parte del tipo de injusto, ha de ser abarcado por el dolo.

## 2.3. *Portar armas*

Por lo que se acaba de decir, el requisito de que el militar de uniforme, al objeto de considerarse fuerza armada, ha de portar armas, exige además que las lleve de forma perceptible, o sea, a la vista de los demás, externamente; lo que tiene su sentido, ya que, si se le protege penalmente de forma especial y cualificada, es por el hecho de llevar armas (19).

El punto polémico del requisito consiste en determinar la clase de armas que exige el precepto, si sólo las de guerra, o las de fuego, o incluso basta que se trate de armas blancas (machetes) u otras de defensa (porras, toletes).

La doctrina está dividida, pues mientras para algún autor "es indiferente

(17) "Por establecimiento o por concesión" (según dice el Diccionario de la Real Academia, en la acepción 4ª de la voz "uniforme").

(18) Como pone de relieve MORALES VILLANUEVA, "la exigencia de uniforme es debida a la exteriorización de su condición de militar, y aunque su uso es obligatorio en todo acto de servicio, en algunos casos la Autoridad Militar puede dispensar de su utilización (artículo 188 de las Ordenanzas). En esos supuestos carecerá de la protección debida a la fuerza armada" (en "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit.; pág. 263).

(19) En el mismo sentido MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 263.

ono que sean de guerra, o defensa" (20), otros las circunscriben precisamente a las de guerra (21).

Indudablemente no cabe en este punto trasvasar criterios interpretativos establecidos respecto de otros preceptos, cual por ejemplo el artículo 506, 1º del Código Penal, según los cuales debe entenderse por armas todo instrumento idóneo para la agresión o para la defensa, en especial las armas de fuego y las blancas; ello, el no trasvasar, es obvio, pues la razón de la agravación, para quienes cometen el delito portando armas, estriba en el potencial peligro y en la mayor facilidad de realización del hecho punible, mientras que en el artículo 235 bis es la víctima la que lleva las armas, razón por la que se le protege penalmente de forma enérgica.

La solución, a mi entender, viene dada por el hecho de que en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar se tutelan los servicios de armas prestados por militares, y éstos, según el artículo 16 del Código punitivo castrense, son "todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza..."; de tal forma, cualquier arma que precise portar el militar para desarrollar el servicio, servirá al fin de conceptuarle de fuerza armada; por ello habrá de ser un arma que esté catalogada como tal para el cumplimiento de las misiones encomendadas a los Ejércitos; normalmente serán armas de fuego, pero cabe también que se trate de cualquier otra clase de arma reglamentaria.

La aludida postura de circunscribir las armas, a las que se hace mención en los artículos 10 del Código Penal Militar y 235 bis del común, únicamente a las de guerra (22), se fundamenta en lo dispuesto para la Policía Militar, Naval y Aérea en las Ordenanzas particulares de cada uno de los Ejércitos, donde a los miembros de aquéllas, en el ejercicio de sus funciones, se les otorga "el carácter de agentes de la autoridad", salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, en cuyo caso "tendrán el carácter de fuerza armada" (23).

(20) Para ROJAS CARO, ob. cit., pág. 264.

(21) Para MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 246.

(22) Según el Reglamento de Armas vigente (Real Decreto 2. 169/1981, de 24 julio) se consideran armas de guerra: a) Las que tengan dispositivo ametrallador o automático; b) Las pistolas o revólveres a que puede adaptarse un culatín; c) Las que el Ministerio de Defensa considere como tales armas de guerra.

El artículo 258 del Código Penal ofrece también una catalogación de las armas de guerra que no coincide exactamente con aquélla.

(23) Como ya se ha dicho en el apartado introductorio, se trata del artículo/408 de las Ordenanzas del Ejército de Tierra (R.D. 2.945/1983, de 9 de noviembre), 451 de la del Ejército del Aire (R.D. 494/1984, de 22 de febrero) y 580 de las de la Armada (R.D. 1024/ 1984, de 23 de mayo).

Sin perjuicio de que quizá tal postura fuera, "lege ferenda" más lógica y coherente, generalizar a toda la fuerza armada desde unas normas reglamentarias, y además especificadas para unas categorías determinadas, no parece correcto; el tratamiento específico de la Policía Militar, que se deduce asimismo del artículo 86 del Código Penal Militar, es una decisión política criminal inspirada, según parece, en el hecho de que los miembros de aquélla, en su patrullar cotidiano y normal por las vías públicas, tienen un roce constante, no sólo con otros militares, sino con los paisanos, que, de derivar a un ataque o menosprecio a su función, se estima no alcanza la entidad y reprochabilidad suficientes para entrar en el tipo agravado, o semiagravado, que se establece respecto de la fuerza armada en general; de ahí que sólo se la proteja como tal cuando porten armas de guerra, esto es si desarrollan una misión de mayor envergadura a la simple de policía callejera.

#### 2.4. *Prestar servicio*

Finalmente para que al militar, uniformado y visiblemente armado, se le reputa fuerza armada, ha de prestar un servicio legalmente encomendado a las Fuerzas Armadas y que reglamentariamente les haya sido ordenado.

Para apreciar la concurrencia del dolo en el sujeto activo bastará normalmente que conozca la condición de militar uniformado y armado de la persona a la que desobedece o ataca, pero si en un militar no concurre este otro requisito le faltará el carácter de fuerza armada y por lo tanto no podrá realizarse alguno de los hechos del artículo 235 bis del Código Penal o 85 del Código Penal Militar.

El Proyecto del Gobierno tan sólo exigía la prestación de un servicio reglamentariamente ordenado (24); y en efecto la idea clave se encuentra en el concepto de servicio; de nuevo las definiciones del Código Penal Militar pueden ser utilizadas; así, su artículo 15 entiende como actos de servicio "todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos" (25).

Por lo tanto la consideración de fuerza armada vendrá otorgada a aquellos militares que para cumplir, dentro de sus funciones, un específico cometido, precisen para ello vestir el uniforme e ir con el armamento reglamentario.

La doble, y expresa, exigencia, de que el servicio esté legalmente

(24) También en la definición de fuerza armada del proyecto de Código Penal Militar.

(25) "Y que legalmente les corresponda", según apostilla también añadida al Proyecto del Gobierno. El artículo 16 del Código Penal Militar define, a efectos penales, el servicio de armas y no constituye sino una especificación del concepto general del artículo 15; sin embargo como contiene un concepto expansivo de servicio de armas, extendiéndolo a supuestos en que ni se precisa llevar armas, no tiene exacta correlación con el concepto de fuerza armada.



encomendado a las Fuerzas Armadas y de que haya sido reglamentariamente ordenado, hay que entenderla como redundancia a lo ya dicho; el que haya sido reglamentariamente ordenado lo conlleva todo servicio, en tanto que por ello se presta.

Lo que se pretende es reforzar la idea de que deben cumplirse una serie de requisitos de competencia, forma y contenido, cuando el servicio en cuestión lo exija: de todas maneras debe tenerse en cuenta que se engloban en el requisito no sólo los mandatos concretos, personales y directos, sino también las órdenes generales (26).

El requisito, de que se trate de un servicio "que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas", fue añadido al Proyecto originario en el Pleno del Congreso de los Diputados, aceptando un bloque de enmiendas a varios preceptos, tanto del Código Penal Militar como de la denominada "Ley puente" (27), con la explicación de que así se lograba "una mayor precisión" y se evitaban "terminologías equívocas" (28); lo que se ha logrado sin duda es una tautología, por cuanto en el artículo 15 del Código Penal Militar el servicio supone, por definición, un específico cometido que "legalmente les corresponde" (a los militares), y ya en este mismo artículo 15 entiendo que es redundancia, pues el concepto de servicio lleva implícito que toda actuación del militar sea conforme a derecho.

En último extremo, so pena de dejar vacío de contenido el concepto de fuerza armada, hay que entender el inciso en cuestión por referencia a las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8º de la Constitución y que están desarrolladas de forma general en las Reales Ordenanzas, de modo que la exigencia de que el servicio está legalmente encomendado se cumplirá siempre que estas y las demás leyes ofrezcan una "cobertura legal del servicio" aunque este desarrollado en Reglamentos (29).

(26) Respecto de los primeros se contiene su definición en el artículo 19 del Código Penal Militar (ver mi trabajo sobre el mismo, en "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., pág. 346 y ss., en especial las 352 y 353, donde me refiero también a las órdenes generales).

Con relación al requisito que se comenta, creo que en la misma línea que la expuesta, MORALES VILLANUEVA, mantiene que "el cumplimiento de estos servicios conlleva unos requisitos en cuanto a la forma adecuada en que la orden ha de impartirse, la competencia de quien la da y la relación de dependencia de quien la recibe" (ob. cit., pág. 246).

(27) La Ley Orgánica 14/1985.

(28) En efecto, el adverbio "legalmente" se introdujo así en una serie de preceptos (artículos 10, 15, 19, 53, 56 y 70 del Código Penal Militar y 135 bis a), 135 bis c), 135 bis d) y 235 bis del Código Penal) en virtud de enmiendas presentadas por el Diputado Rodríguez Sahagún. Sobre el mecanismo y debate parlamentario de esta innovación a los Proyectos del Gobierno, ya me he ocupado en otro lugar (comentando el artículo 19 del Código Penal Militar, en "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., págs. 346, 347, 358, 359 y 360).

Concretamente, respecto de este artículo 235 bis del Código Penal, era la enmienda 27 presentada, en el Congreso, al proyecto de "Ley Puente".

(29) Más extensamente, ver mi comentario el artículo 19 del Código Penal Militar citado en

### 3. EXAMEN DE DETERMINADOS SUPUESTOS PARTICULARES

Examinados los requisitos que establece el artículo 235 bis del Código Penal en orden al concepto que ofrece de fuerza armada, es preciso, para acabar de aprehenderlo, efectuar el análisis de determinados supuestos particulares que pueden restringirlo, acotando así el ámbito de aplicación de los tipos acuñados en el precepto.

En esta línea conviene hacer expresa y separada referencia a los centinelas, a los guardias civiles y la Policía Militar, con una última alusión a los demás militares y otros Cuerpos e Institutos Armados, así como, por recuerdo histórico, a las llamadas "salvaguardias".

#### 3.1. *Los centinelas*

Respecto del centinela dice textualmente el artículo 11 del Código Penal Militar que "a los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios."

Sin necesidad de entrar en un análisis pormenorizado (30), y dejando aparte la extensión que se hace del concepto a diversas categorías de operadores (31), es obvio que los principales servicios de armas los desempeña el centinela, bien en la acepción más primigenia de guardar un puesto cumpliendo una consigna, bien más extensivamente en cuanto tienen la misma consideración, a efectos penales, las patrullas de las guardias de seguridad; en ambos casos nos encontramos con una especificación de la fuerza armada, puesto que, de no existir el concepto de centinela, los que se consideran tales, entrarían en aquella categoría.

la nota inmediatamente anterior (págs. 358 a 360).

(30) Ver su exégesis, en MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 267 y ss.

(31) Que suponen la actualización de supuestos extensivos ya previstos desde hace tiempo. Ver notas 8 y 9.

Como quiera que los primeros párrafos del artículo 85 del Código Penal Militar establecen la protección penal del centinela, construyendo unas tipologías con sujeto activo indiferenciado (no constreñido al militar), habrá que convenir la especialidad material de estas figuras respecto de las de su párrafo tercero, y además también la especialidad formal en relación al artículo 235 bis del Código Penal, que quedaría desplazado en un concurso aparente de leyes (32); ello aunque pueda, en muchos casos particulares, derivar en penas más benignas que si se aplicara el artículo 235 bis, lo que no significa sino una clara distorsión del sistema, ya que ha sido tradicional la más enérgica protección penal del centinela, tanto por la soledad del mismo, como por la relevancia de su misión (33).

### 3.2. *Los miembros de la Guardia Civil*

Los miembros de la Guardia Civil, vistiendo uniforme y prestando servicio propio del Instituto, tuvieron, desde el origen del Cuerpo en 1844, la consideración de fuerza armada a efectos de protección penal (34), de modo ininterrumpido, hasta que la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, “de la

(32) QUERALT JIMENEZ, aunque en principio afirma que en el concepto de fuerza armada quedan incluidos los centinelas y los miembros de la Policía Militar (pág. 160), lo que comparto, afirma más adelante (pág. 161) que “si el centinela recibe los ataques será el Código Penal Militar y la Jurisdicción Militar quienes entren en juego” (En “Derecho Penal Español. Parte especial”, volumen II, Librería Bosch, Barcelona, 1987).

(33) La distorsión apuntada parece querer corregirse con una extraña regla competencial introducida en el Proyecto de Ley Procesal Militar, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 15 de abril de 1988 (serie A, núm. 79.1). En él se contiene una disposición adicional quinta que pretende redactar el artículo 12, 1ª de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de junio, “de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, en el sentido de que “salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal Común les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste”. Tal previsión ha pasado, cuando esto se escribe, el trámite del Congreso de los Diputados, cuyo pleno del día 15 de diciembre de 1988 aprobó el proyecto sin modificación alguna de la transcrita disposición adicional.

Una vez más, de convertirse en ley, cual con probabilidad habrá ocurrido cuando estas líneas vean la luz ya impresas, se mezclarán indebidamente, con repercusiones prácticas, creo que imprevistas, los planos de la competencia con los estrictamente penales (de concurso aparente de normas).

Todo es debido a algo que difícilmente tiene solución técnica: de una parte a la postura de adscripción de la competencia de la Jurisdicción Militar con el único criterio del delito y de otra al hecho de haber adelantado unos criterios de política criminal (cual por ejemplo el de la benignificación de las penas privativas de la libertad) en una ley especial, el Código Penal Militar, a la promulgación de un nuevo Código Penal común.

(34) Las Reales Ordenes de 7 y 9 de octubre de 1878 recuerdan y enfatizan el carácter de fuerza armada de los componentes de la Guardia Civil; y a partir de la codificación penal, procesal y sustantiva, militar se hizo expreso hicapié en tal carácter (ver notas 6, 8 y 9).

Policía”, les sustrajo de tal calificación; hasta entonces las estadísticas penales militares, en lo que se refiere a delitos contra fuerza armada, estuvieron prácticamente copadas por infracciones cuyos sujetos pasivos (de la acción) eran componentes del Benemérito Instituto (35).

La dicha Ley de 1978, en su artículo 5º, mantuvo el fuero militar de la Guardia Civil “salvo en lo que se refiere a los delitos que se cometan contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley, de cuyo conocimiento será competente la Jurisdicción Ordinaria”.

El artículo 235 bis del Código Penal no menciona expresamente a la Guardia Civil; en cambio, sí lo hace el artículo 10 del Código Penal Militar, que, a la definición de fuerza armada, añade la coletilla de: “...así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución”.

De esta manera quedaba diferida la cuestión a una ley posterior, que se promulgó poco tiempo después (36); fue la vigente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, “de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, cuyo artículo 7.3 dispone que la Guardia Civil sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”.

Comparando ambos preceptos, el Código Penal Militar y el de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, se ha dicho que hay un peloteo de normas que genera una oscura antinomia (37). Sin duda, hubicra sido deseable una mayor claridad.

Con todo, del análisis del ordenamiento jurídico, debe sentarse como presupuesto la naturaleza militar de la Guardia Civil (38) y en consecuencia,

(35) Incluso durante la 2ª República; basta ver la jurisprudencia de la Sala Militar, de Tribunal Supremo, que funcionó hasta 1936.

(36) Aunque curiosamente entró en vigor antes que el Código Penal Militar y la “Ley Puente”, dada la larga “vacatio legis” de éstas.

(37) Ver ROJAS CARO, ob. cit., pág. 630.

(38) “De lege lata” me parece incontrovertible, a pesar de que la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dé a veces la impresión de que se esté haciendo “encaje de bolillos”; son militares en los delitos especiales propios del Código Penal Militar, igualmente a los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la propia Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reitera la “naturaleza militar” del Instituto (artículo 7, 8, 9, 13, 14 y 15) aunque el Preámbulo de la misma sea un tanto equívoco (en su apartado II, b, si bien al principio de este mismo apartado se alude a la fundamentación directa en el artículo 104 e “indirecta en el artículo 8º de la Constitución”). Recientemente la Orden (del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno) de 20 de mayo de 1988, “de reorganización de la Dirección General de la Guardia Civil” (*Boletín Oficial del Estado* núm. 124 de 24 de mayo), estructura tal Dirección General en congruencia con la naturaleza militar del Benemérito Instituto. El Proyecto de Ley de la Función Militar, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*

la condición de militares que tienen sus miembros, en este momento (39).

Siguiendo la orientación esquemática de este trabajo y, centrándonos en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cabe sintetizar que los guardias civiles tienen a efectos de protección penal una triple y distinta consideración:

- a) La de agentes de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones policiales (artículos 7. 1.).
- b) La de autoridad, "cuando se comete delito de atentado, empleando en la ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física". (artículo 7.2) (40).
- c) La de fuerza armada, como ya se ha dicho, "en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico" (artículo 7.3).

El sistema no es precisamente sencillo, y, en lo que aquí interesa, conviene establecer cuáles son esas misiones de carácter militar.

Siguiendo al especialista en esta materia (41), cabría considerar como misiones militares de la Guardia Civil en tiempo de paz, la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos, y centros o instalaciones que lo requieran cuando se efectúen bajo las directrices emanadas del Ministerio de Defensa; también la conducción de presos por disposición o condena de Jueces y Tribunales militares; asimismo tendrían carácter de fuerza armada los guardias civiles que presten servicio de protección de centros e instalaciones

*Generales*, Congreso de la Diputados, del día 16 de febrero de 1989, serie A, núm. 108.1), sienta de modo tajante la naturaleza militar de la Guardia Civil (artículos 1º, 3 y 4º), de modo que, si entra en vigor, quedará despejada cualquier duda; de cualquier manera lo que traerá consigo es la ineludible toma de postura por las Cortes Generales, siendo previsibles unos enconados debates al respecto. No obstante, y, aunque desde la legalidad vigente, la Sala de lo Militar de Tribunal Supremo ha sentado que los guardias civiles son militares a los efectos del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Código Penal Militar, lo que puede noticiarse, asunto en que va a tener que afrontar la cuestión. (ver nota 58). Otra cosa es que, desde antiguo, venga preconizándose, por algún sector, la desmilitarización "de lege referenda"; ver, en este sentido, dentro de los estudios más recientes: BALLBE, Manuel, "Orden Jurídico y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)", Alianza Universidad, Madrid, 1983 (en especial pág. 480 y ss.); y LOPEZ GARRIDO, Diego, "El apartado policial en España", Ariel, Barcelona, 1987. Y también que, tomando algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico en forma aislada y con un apoyo constitucional sesgado, se llegue a concluir la naturaleza no militar de la Guardia Civil. Como adalid del carácter militar de la Guardia Civil cabe considerar a MORALES VILLANUEVA (ver bibliografía que el mismo cita, ob. cit., pág. 270).

(39) En contra QUERALT, ob. cit., pág. 630.

(40) Recuerda en cierto modo aquella regulación referente a la Policía Armada, luego Nacional, cuyos miembros, hasta la Ley 55/1978, tenían a efectos penales, la consideración de fuerza armada en los "insultos de obra y actos de violencia que se les infligía."

(41) MORALES VILLANUEVA. ob. cit., págs. 265, 976 y 977.

y dependencias de las Fuerzas Armadas (v. gr. en la actualidad, entre otros, en el Ministerio de Defensa y en el edificio del Estado Mayor de la Defensa); finalmente habría que considerar fuerza armada a los guardias que prestan servicios en sus propios acuartelamientos (42).

No obstante, y de ahí que sentara como presupuesto la condición militar del guardia civil, cuando en las mencionadas misiones actúen como centinelas, en el significado del artículo 11 del Código Penal Militar, deberá considerárseles, a efectos penales, de tal cualidad y, si sólo ostentan la de fuerza armada, será de aplicación el artículo 235 bis del Código Penal, caso de que el sujeto activo sea paisano, mientras se incurrirá en el delito del párrafo 3º del artículo 85 del Código punitivo castrense, si el agresor o desobediente es militar (o lo que lo incluye, otro guardia civil).

Por tanto, cuádruple consideración.

¿Todo esto es lo que pretendía el legislador?

### 3.3. *La Policía Militar*

Régimen específico tiene también la Policía Militar.

En el artículo 86 del Código Penal Militar se castiga como delito especial propio del militar, el maltrato de obra y la desobediencia a los miembros de la Policía Militar "en su función de agentes de la autoridad".

Su consideración, a efectos penales, había ya sido establecida, de modo reglamentario (43), pues, como ya se dijo (44), los componentes de la Policía Militar, en el ejercicio de sus funciones, tendrán el carácter de agentes de la autoridad, salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, supuesto éste en el que se les considerará fuerza armada (45).

Tal vez generalizar esta postura respecto de todos los servicios de armas, cual ya apunté, sería lo más claro, lógico y coherente, y convendría retocar

(42) Ver las distintas argumentaciones en la bibliografía citada en la nota anterior (41); respecto del último supuesto, ver QUERALT, ob. cit. pág. 630.

(43) De ahí que quepa considerarla como una ley penal en blanco, con todos los problemas de constitucionalidad que ello conlleva.

(44) Ver nota (23)

(43) De ahí que quepa considerarla como una ley penal en blanco, con todos los problemas de constitucionalidad que ello conlleva.

(44) Ver nota (23).

(45) Queda superado pues, y demuestra lo movedizo e inseguro del sistema, el Acuerdo del Pleno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de diciembre de 1981 en el sentido de que "la Policía Militar cuando lleva armas de fuego tiene desde luego el carácter de fuerza armada a todos los efectos penales.... Por el contrario cuando no está de servicio o, por la índole de éste, no lleve más que la defensa de goma, no tiene tal carácter, pero sí el de agentes de la Autoridad..." La simple dotación de una pistola, ordenado por cualquier mando, puede cambiar el carácter de quien la porta, a efectos penales.

en este sentido todas las definiciones pertinentes el Código Penal Militar.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que, so pena de atormentar aún más el sistema, esta regulación de la Policía Militar debe entenderse a los efectos de los artículos 235 bis, 236 y 237 del Código Penal, y, además, que, en todo caso, los miembros de la Policía Militar tendrán la consideración de centinelas, cuando, por el servicio que presten, reúnan los requisitos que se prevén en el artículo 11 del Código Penal Militar. Triple posible condición, a efectos penales, de los policíacos militares.

### 3.4. *Los militares en general*

El resto de los militares, que no quepa encuadrar en las anteriores categorías (incluida la del centinela), no tienen protección penal específica; en modo alguno ello significa que, de menoscabarse el ejercicio que su servicio o función, o si se les ataca en consideración al mismo, tal menoscabo o ataque quede impune por ser atípico.

Deberá distinguirse según se reúna la cualidad de Autoridad o no.

De tratarse de una Autoridad militar (lo que tendrá que determinarse, no sólo conforme a la definición o concepto que ofrece el artículo 119 del Código Penal, sino también siguiendo las especificaciones o concreciones que efectúa el artículo 9º del Código Penal Militar) (46), los artículos 87 y 88 de este último texto castigan los atentados, resistencias, desobediencias y desacatos a las Autoridades Militares en tiempo de guerra y, en todo caso, como delito especial propio de militar (47); en tiempo de paz, la protección de las Autoridades militares frente a los atentados, resistencias, desobediencias y desacatos, de que sea objeto por paisanos, queda encomendada a la Jurisdicción ordinaria que aplicará los tipos correspondientes del Código Penal, relativos a las Autoridades en general, sin calificativo alguno.

Cualquier otro militar deberá ser considerado, según las circunstancias, funcionario público o agente de la autoridad, pues, incluso los que prestan su servicio militar en filas con carácter obligatorio, tienen clara cabida en la consideración que establece el párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal,

(46) Donde se definen, por el sistema de lista o repertorio, quienes se entiende que son Autoridades militares "a los efectos de este Código".

(47) Sobre esta especialidad de la ley militar, todavía se construye, incomprensiblemente, otra, la de los artículos 186 y 187 del Código Penal Militar que contienen delitos de atentado o de ejercicio de violencia o de coacciones contra miembros de los Tribunales Militares de Justicia o Auditores, Jueces, Fiscales y Secretarios de procedimiento judicial militares en el desempeño de las respectivas funciones o con ocasiones de ellas; y también (en el artículo 187) el desacato y desobediencia contra los Tribunales o Jueces Militares; delitos todos ellos cuyo sujeto activo es indiferenciado o indeterminado, pudiéndose pues cometer por persona no militar.

ya que "por disposición inmediata de la ley" participan del ejercicio de funciones públicas (48).

De esta suerte, el ataque que sufra por parte de cualquier paisano, deberá ser cubierto por el Código Penal como si de funcionario público o de agente de la autoridad se tratara; si es otro militar el que produce el ataque, la cobertura vendrá dada por la ley penal castrense, o la disciplinaria, según los casos; en éstas se prevén diversas infracciones, sobre todo protegiendo al superior del inferior, y viceversa, quedando la ley penal común como subsidiaria para los supuestos que la militar no abarque.

### 3.5. *Otros cuerpos o institutos armados*

Respecto de otros cuerpos o institutos armados que no tienen carácter militar, desde la entrada en vigor de la Constitución, nada que ver tienen con lo militar; ello ha quedado remachado por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

No obstante, caso de ser sus componentes militarizados o movilizados por decisión del Gobierno (49), podrían, si se dan los requisitos establecidos para la consideración de fuerza armada, reputarse como tal.

Declarado el estado de sitio o la guerra, el Decreto que lo establezca o los correspondientes Bandos pueden tener prescripciones relativas a estos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de modo que incidan en su consideración de fuerza armada (50).

(48) Otra cosa sería que tuviéramos que ceñimos al vidrioso y controvertido concepto administrativo del funcionario público, en cuyo caso los conscriptos o requisados, y alguna otra categoría, tendría difícil encaje.

La extensión y autonomía de la consideración penal que hace el artículo 119 del texto punitivo, abarca sin duda a todo militar, aunque específicamente no conozco haya sido abordada la cuestión (sólo de modo sucinto y muy particularizado, FERNANDEZ AREAL, José Ramón, "Los atentados a los agentes de las Autoridades militares", en número 10 de la *Revista Española de Derecho Militar*, 1960, pág. 205 a 208).

Sobre la consideración en general del artículo 119, puede verse selectivamente: COBO DEL ROSAL, Manuel, "Examen crítico de párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español", en número 112 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pág. 213 y ss. (en especial, a partir de la 234); y QUERALT, Joan J. "El concepto penal del funcionario público", en número 27 de *Cuadernos de Política Criminal*, 1985, pág. 477 y ss. De la interpretación que estos y otros autores (en obras de carácter general o centradas en otras cuestiones) efectúan del artículo 119 del Código Penal, ningún obstáculo se deriva para la consideración penal, como funcionario público, del militar.

(49) Por emplear la expresión del artículo 8.5º del Código Penal Militar.

(50) Con la legalidad anterior a la reforma del Código de Justicia Militar mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se convertían automáticamente en fuerza armada con la declaración del estado de guerra o por el sólo hecho de prestar servicio a las órdenes de las autoridades militares.



### 3.6. *Las denominadas salvaguardias*

Ya las Ordenanzas de Carlos III para el Ejército, de 1768, protegían a las llamadas salvaguardias, con la misma y extrema contundencia que a los centinelas, de cualquier ataque a las mismas (51).

El Código Penal para el Ejército de 1884 marcó la pauta a todos los textos posteriores, incluido el de la Marina de Guerra de 1888, rubricando toda esta gama de delitos con la mención de "insultos a centinela, salvaguardia o fuerza armada", parigualando, en los distintos tipos, las dos primeras figuras; la regulación pervivió durante toda la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945.

Sin embargo el Código Penal Militar de 1985 para nada alude a las salvaguardias.

La tal figura no es fácil de precisar; los Códigos en que expresamente se protegía, no contenían dato definitorio alguno; a pesar de sí hacerse en relación al centinela y a la fuerza armada.

Las aludidas Ordenanzas de 1768 parecen aludir como salvaguardias a los parlamentarios o comisionados que cruzan por territorio o entre tropas en operaciones (52); mientras que en el Reglamento para Servicio en Campaña, aprobado por la Ley de 5 de enero de 1882, y que hay que entender formalmente vigente (53), se refiere a guardias de protección de lugares neutrales o enemigos (54).

Debe entenderse que el hecho de haber obviado el legislador toda referencia a las salvaguardias, más que a olvido, parece venir motivado en la innecesariedad de la misma, evitando así la fijación de un concepto difícil de especificar y que recargaría el ya abundante mazo de definiciones que ofrece el Código Penal Militar, cuando lo que podría ser calificado de salvaguardia tiene cabida en el concepto de centinela o, en todo caso, en el de fuerza armada, máxime cuando, operando siempre las salvaguardias en tiempo de guerra, el vigente artículo 85 del Código Penal Militar equipara las penas de los ataques al centinela y a la fuerza armada, de suerte que daría lo mismo calificarlas de una u otra forma.

### 4. *Algunas consideraciones finales*

La complejidad que queda manifiesta en lo hásta ahora dicho, unida a la

(51) En el artículo 55.

(52) Ver UGARTE, ob. cit., pág. 347.

(53) Aunque muchas de sus previsiones sean palmariamente obsoletas.

(54) Ver GARCIA SANTOLALLA, ob. cit., pág. 163

indudable pobreza y descuido técnicos predicables de la construcción de los distintos tipos delictivos plasmados en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar (55), permiten afirmar que de la regulación vigente resulta una distorsionada protección penal de la fuerza armada, por lo que, habida cuenta además de la transitoriedad con que fue concebido aquel artículo 235 bis (56), debe demandarse una línea más clara y coherente de política criminal o legislativa, que se traduzca en unas soluciones técnicas correctas y bien elaboradas.

Al respecto cabe apuntar que las pautas ofrecidas, tanto por el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, como en la Propuesta del Anteproyecto de un nuevo Código Penal de 1983, ni me parecían claras ni completas.

En el Proyecto de 1980 se decía que cometerían atentado, además de quienes se dice ahora en el vigente artículo 231, "los que acometieren a un mismo miembro de las Fuerzas Armadas, si el ataque tuviere por causa u origen su condición o actividad militar" (art. 540. 3º). La referencia a miembros de las Fuerzas Armadas ofrecería problemas de delimitación, pero, además, no comprendo porque el atentado se circunscribiera al acometimiento, y que para nada se mencionara a los miembros de las Fuerzas Armadas en la resistencia y desobediencia, haciéndolo en cambio en relación a las injurias, calumnias y amenazas (artículo 548). Por otra parte, como quiera que el artículo 30 del Proyecto extendía la misma consideración de funcionario público, al modo que ahora lo hace el artículo 119 del texto en vigor, no veo razón para la específica mención de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuando todos los militares son funcionarios públicos, a efectos penales, y algunos pueden ejercer de agentes de la Autoridad (279). Finalmente, la expuesta regulación proyectada en nada prejuzgaba lo que pudiera darse en la ley militar respecto del centinela y de la fuerza armada.

La Propuesta de 1983 seguía parecidos pasos; si bien no reducía el atentado, a miembros de las Fuerzas Armadas, al acometimiento (artículo 467); pero ni los mencionaba en los delitos de resistencia (no grave) y desobediencia (artículo 470), ni tampoco, a diferencia del Proyecto, en los de calumnia, injuria o amenaza (artículo 473). Quitada la extensión del atentado y añadida la reducción del artículo 473, los mismos reproches, que los hechos al Proyectos de 1980, cabe hacer a la propuesta (57).

(55) Su estudio excede los límites puestos a este trabajo; ver bibliografía citada en nota (5).

(56) De escasa, por no decir nula, aplicabilidad.

(57) La crítica hecha por GARCIA RIVAS me parece desenfocada, porque, ¿cuál es la razón para no ver menudado el ejercicio de la función pública si un militar es acometido o intimidado en el desempeño de sus misiones o cometidos? ¿Es que la Defensa Nacional no es una función

Lo que debe decidirse es si se considera necesario, o conveniente, seguir otorgando una protección penal más enérgica al centinela y a la fuerza armada, y si ha de ser distinta frente al militar que frente al paisano. Piénsese que, por contestarse afirmativamente, vino teniendo hasta 1978 la Guardia Civil la consideración de fuerza armada.

La decisión que se adopte debe venir acompañada de soluciones técnicas que eviten, en la medida de lo posible, enojosos problemas de concurso y de participación, así como competenciales.

Cabría otorgar al centinela mayor protección y relegar a la fuerza armada, que no tenga aquella consideración, a la de agente de la autoridad.

Personalmente creo que las nociones de centinela y de fuerza armada deberían refundirse, protegiéndose ésta en el Código Penal Militar, con una homologación de los diferentes tipos a los comunes de atentado, resistencia, desobediencia y desacatos en sentido amplio (precisados también de una remodelación), y dando entrada en la ley militar a algunas faltas penales.

Procedería asimismo fijar sin ambages la naturaleza y condición penal de la Guardia Civil (58) y desde luego es imprescindible que se desvanezcan los recelos hacia una Jurisdicción Militar, constitucionalizada, y no sólo en cuanto a su reconocimiento, sino en su configuración y ejercicio.

pública? Da a entender además que, si lo que se pretende es dar protección por el hecho de vestir el uniforme, es aplicable la Ley Penal Militar, lo que no queda claro si desconocemos la que resultará tras el nuevo Código Penal; su afirmación de que la mención (a los miembros de las FAS) no tiene un fin político criminal sólido, yo la mantendría cambiando este último adjetivo por el de claro; y su última, en relación al artículo 468, 1º y 2º, no la comprendo (ver GARCÍA RIVAS, Nicolás, "Delitos contra poderes y orden públicos", en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado en la Propuesta de 1983, números 37/40, enero-diciembre 1983, volumen II, pág. 498)

(58) Ver nota (38). La decisión última depende del pronunciamiento del Tribunal Constitucional; a mi entender, de la Constitución no deriva que la Guardia Civil tenga necesariamente naturaleza o carácter militar, pero tampoco que no puede tenerlo, y ni siquiera que deba existir; la Constitución deja en manos del legislador ordinario, o no se lo impie, optar por cualquiera de tales alternativas.

# LA DESAPARICION DE LOS TRIBUNALES DE HONOR CASTRENSES EN LA LEY ORGANICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR

Ignacio MORENO GONZALEZ-ALLER.

*Capitán Auditor*

*Profesor en la Fundación Universitaria San Pablo.*

## SUMARIO

I.- DETERMINACIONES PREVIAS. 1.— Introducción.— 2. La primacía de los valores morales en la institución militar.— 3. Significado del honor. 3.1. Del honor en general. 3.2. Del honor militar en particular.— 4. Las Reales Ordenanzas de las F.A.S. 4.1. El honor como virtud vinculada al sentimiento del deber 4.2. El honor como virtud vinculada al sentimiento de responsabilidad individual y punto de equilibrio de la disciplina. 4.3. El honor de las armas. 4.4. El honor del enemigo. 5. El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 y el Código Penal Militar aprobado por ley orgánica 13/1985.— II. LOS TRIBUNALES DE HONOR.— 1. Concepto.— 2. Naturaleza.— 3. Antecedentes históricos.— 4. La Constitución de 1978 y la Disposición Derogatoria de la Ley orgánica 2/1989, Procesal Militar.— 5. Las razones propugnadas para sostener la existencia de los Tribunales de honor.— 6. Las razones para que la Ley Orgánica 2/1989 haya hecho desaparecer los Tribunales de honor. 6.1. La teoría de las normas anticonstitucionales de la propia Constitución. 6.2. El respeto a los principios de la legalidad y tipicidad. La prohibición de la analogía. 6.3. El respeto al principio de igualdad. 6.4. El respeto a los principios "no bis in idem" y santidad de la cosa juzgada. 6.5. La aplicación de los derechos fundamentales proclamados en el artículo 24 de la Constitución en el ámbito de lo militar.— III. CONCLUSIONES

### I. DETERMINACIONES PREVIAS

#### 1. INTRODUCCIÓN

El honor militar deviene como un valor esencial para el exacto cumplimiento del deber y, en definitiva, para que las Fuerzas Armadas puedan llevar a cabo con acierto las misiones que la Constitución refiere en su artículo 8º:

garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

El denominado "culto al honor" no autoriza, sin embargo, a que este valor pueda moverse a espaldas de las garantías exigidas por el Estado Social y Democrático de Derecho —en que se ha constituido España— y, en este sentido, aunque es obvio que el ordenamiento jurídico militar precisa, para la consecución de sus fines, de ciertas especialidades o matices con respecto al ordenamiento estatal, no podemos olvidar que éste en su conjunto es único, por lo que salvo en las excepciones expresamente consagradas las exigencias, garantías y límites de la Constitución de 1978 han de predicarse, cómo no, en la regulación jurídica de la Institución Militar.

Partiendo de este enfoque la pervivencia, al menos teóricamente sostenida por algunos autores, de los tribunales de honor en el ámbito castrense, luego de entrar en vigor la ya mencionada Ley Fundamental, supuso en cierto modo una negación de la subordinación del estamento militar a ésta.

## 2. LA PRIMACÍA DE LOS VALORES MORALES EN LA INSTITUCIÓN MILITAR

Aunque es cierto que la tecnificación de los ciudadanos de uniforme es uno de los aspectos que "con más fidelidad define a la Institución castrense en las sociedades de nuestro tiempo" (1) no lo es menos que lo que principalmente otorga fuerza a las armas se halla en las virtudes de los hombres que las manejan. (2) Por ello el artículo 15 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas advierte que los Ejércitos "darán primacía a los valores morales que, enraizados en nuestra secular tradición, responden a una profunda exigencia de la que sus miembros harán norma de vida".

Mientras que en amplios sectores de la vida civil la permisibilidad representa un hábito normal de conducta con exaltación desmedida a la autonomía del yo en la vida militar, por el contrario, el honor, el celo en el cumplimiento del deber, el sacrificio, la abnegación y otros muchos valores imperan por encima de cualquier otra consideración.

En este contexto ha de convenirse con FERNANDEZ SEGADO (3) en que la Milicia posee un sistema propio de relaciones morales que informa su conducta y que viene a constituir, en línea con el pensamiento orteguiano,

(1) FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO: "El perfil diferencial de la escala de valores en la Institución Militar". *Revista Española de Derecho Militar*, números 44-50, 1987, p. 100.

(2) JOSE LUIS TAFUR: « El homenaje a la bandera, homenaje a la patria ». *Revista de Pensamiento militar. Reconquista*, nº 363, julio de 1980, p. 61.

(3) FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO: ob. cit., pp. 129 y 132.

una ética propia, sin la que sería imposible hablar de un verdadero Ejército, pues si éste prescindiera del sentido del honor, de la disciplina, del valor y del patriotismo como última ratio dejaría de ser tal para convertirse en su antítesis, es decir, en una horda, banda o facción armada.

En parecidos términos, si bien desde una óptica diferente, FERNANDEZ FLORES (4) afirma que las virtudes militares inspiran los fundamentos de todo el orden jurídico castrense siendo las mismas *imprescindibles para que la Institución exista y sus miembros puedan llamarse soldados*.

Nos encontramos, por todo ello, ante un catálogo de reglas morales, insitas al "ser militar", que han existido desde siempre, o lo que es lo mismo, desde que los Ejércitos se organizan como tales, ajenas a las concepciones políticas y culturales predominantes en un determinado momento o lugar geográfico. Y es que, como dice RIAZA BALLESTEROS, (5) "si nos fijamos en cualquier tipo de ejército, sea el norteamericano o el soviético, por poner ejemplos extremos, podremos advertir que esos elementos definitorios existen..., independientemente del área a que pertenezcan, o del régimen político".

### 3. SIGNIFICADO DEL HONOR

#### 3.1. Del honor en general

Representa el honor un concepto de difícil concreción y límites fluctuantes (6).

Define el Diccionario de la Lengua Española el honor en un doble sentido:

— *Subjetivamente*, como cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos.

— *Objetivamente*, como gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o las acciones heroicas, la cual trasciende a las familiares, personas y acciones mismas del que se las granjea.

Es decir, que el honor tiene una proyección individual y social. Porque no sólo repercute a favor o en contra de quien respectivamente merezca o

(4) JOSE LUIS FERNANDEZ FLORES: « Los fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho », ponencia presentada en las jornadas de estudios celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid sobre Libertades Públicas y Fuerzas Armadas, cuyas actas fueron editadas por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, 1985, p. 274.

(5) JOSE MARIA RIAZA BALLESTEROS: « Los jóvenes españoles y la Institución Militar ». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 36, 1986, p. 78.

(6) Dictamen del Consejo de Estado de 21 de abril de 1960.

desmerezca del mismo sino también en todo el entorno social en que el individuo desenvuelve su actividad (7).

Es el honor una virtud de virtudes que en sí misma comprende a todas y que está “por encima de la vida, de la hacienda y de cuanto existe en el mundo, porque la vida acaba en la sepultura y la hacienda y las cosas que poseemos son bienes transitorios, mientras que el honor a todos sobrevive”. (8)

### 3.2. Del honor militar en particular

Para MARTIN JIMENEZ (9) el honor militar es un sentimiento moral que se alimenta de la práctica de virtudes tan solidarias como el compañerismo, la justicia y el respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos.

Como tal sentimiento moral se diferencia del honor civil, del honor profesional y del honor político, siendo necesario tener presente, para comprenderlo, los puntos de vista de la propia corporación militar, (10) y, más concretamente, el expresado por sus jerarquías superiores más caracterizadas (11).

Ello no obstante, no podemos olvidar que las diferentes clases de honor tienen un origen e inspiración común que no es otro que el honor del pueblo del que es fiel reflejo el honor militar, tan sólo matizado por su exaltación y rigor en su cumplimiento (12).

(7) En este sentido escribe FERNANDO DE QUEROL Y DURAN, *Principios de Derecho Militar Español*. Tomo II, Editorial, Naval, s.f., p. 477; “fácilmente puede deducirse..., que de la virtud subjetiva del honor proviene y se produce —o al menos es justo que se produzca— la buena reputación también llamada honra. Y que la trascendencia de la gloria y crédito que el honor origina afecta, además del sujeto mismo que con sus méritos y acciones la ha conquistado, al núcleo social o corporación a que pertenece, la cual, inversamente, pueda sentirse lesionada por las ofensas que alguno de sus miembros infiere a los dictados del honor”.

Abundando en esta repercusión social del honor, el Coronel de Aviación JUAN MIGUEL CASTRO SANTA CRUZ, en una carta publicada por el diario ABC, en fecha 30-3-89, p. 26, afirma: “Mi honor, pues, no es asunto de mi exclusiva competencia. Mi honor es el orgullo de mis padres, el patrimonio —único— que legaré a mis hijos. Mi honor es el de mis compañeros de armas, porque si alguno de nosotros lo perdiese dejaría de tener el honor de ser compañero de armas para los demás.... Mi honor es una parte del que enaltece al Ejército al que entregué mi vida entera...”

(8) Definición otorgada por el General CASALDUERO MARTIN, citado por JOSE LUIS PITARCH en *El Honor y el Honor Militar*, 1ª edición, Editorial Grijalbo, Barcelona, 1984, p. 22.

(9) HILARIO MARTIN JIMENEZ, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S.M. Don Juan Carlos*, imprenta Litomaype, La Laguna, 1980, pp. 60 y 61.

(10) Sentencia de 1 de febrero de 1958 (Rep. 495)

(11) Sentencia de 31 de mayo de 1958 (Rep. 2315).

(12) HILARIO MARTIN JIMENEZ, op cit., p. 61 y JOSE LUIS PITARCH, op. cit., p. 46 dice que “no creo en un honor militar de distinta clase que el honor de todos”.

Conviene resaltar que el honor militar es una virtud que forma parte de todo un orden moral, de tal suerte que si el ciudadano de uniforme diese cumplimiento a todas las demás virtudes y faltara al honor aquel orden quedará francamente resquebrajado (13).

Todas las virtudes militares son importantísimas para el óptimo funcionamiento de la Institución Militar, mas si tuviéramos que destacar alguna, por constituir de suyo firmes pilares en los que se asientan otras, no dudáramos en seguir a D. ALVARO NAVIA OSORIO, Tercer Marqués de Santa Cruz del Marcenado, el cual en sus célebres "*Reflexiones Militares*"(14) hace brillar con luz propia a las tres siguientes: honor, valor, disciplina. Y es que, como hace observar PEREZ MONTERO, (15) un Ejército "que fuera sólo valeroso podría convertirse en una *horda*; pero un Ejército que únicamente fuera disciplinado podría convertirse en un *rebaño*. El honor alimenta al valor y la disciplina, para conseguir un equilibrio perfecto de virtudes castrenses que completa el compañerismo".

Ha de dejarse constancia, finalmente, de que el honor militar no se identifica en régimen de exclusividad con concepción religiosa alguna (16).

#### 4. LAS REALES ORDENANZAS DE LAS F.A.S.

##### 4.1. *El Honor como medio de alcanzar el cumplimiento del deber.*

Las Reales Ordenanzas dictadas para las Fuerzas Armadas, (aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, B.O.E. núm. 11 de 12 de enero de 1979), representan la regla moral de la Institución Militar y, según precisa el artículo 1º de las mismas, tienen por objetivo primordial exigir y fomentar el cumplimiento del deber fundamentado en el amor de la Patria y en el honor, disciplina y valor.

Abundando en esta misma línea el art. 29 proclama que "el sentimiento del honor, inspirado en una recta conciencia, llevará al Militar al más exacto cumplimiento del deber".

##### 4.2. *El honor como virtud vinculada al sentimiento de responsabilidad individual y punto de equilibrio de la disciplina.*

(13) Ibidem. p. 61.

(14) Reimpresión facsímil de la edición de 1893 realizada por el Instituto de Estudios Asturianos (I.D.E.A.) y el Ministerio de Defensa, Oviedo, 1984.

(15) JOSE PEREZ MONTERO, *La Deontología Militar en las "reflexiones" del Marqués de Santa Cruz del Marcenado*, Instituto de Estudios Asturianos, Oviedo, 1985, pp. 26 y 27.

(16) A modo de como lo hiciera, por ejemplo, la institución Militar cristiana para el Ejército y la Armada del Rey Carlos III —año de 1778— que consideraba que la religión católica constituye "el verdadero honor del militar perfecto y asegura la gloria de las armas".



Determina el artículo 72 que el “Oficial cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien vale muy poco para el Servicio; el llegar tarde a su obligación, aunque sea de minutos, el excusarse con males supuestos a las fatigas que le corresponden, son pruebas de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas”.

Y el artículo 33 alecciona al militar para que en los casos dudosos adopte una posición lo más congruente posible con su espíritu y honor. De donde se infiere que el honor sirve de equilibrio e incluso de instrumento corrector de la disciplina especialmente en aquellas situaciones en que las órdenes puedan ser contrarias a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, como aclara el artículo 34.

#### 4.3. *El honor de las armas*

Las Reales Ordenanzas son en realidad un Código del honor, del *honor de las armas* (17). Por ello en el artículo 126 previenen al militar a fin de que éste, si es atacado en su puesto, no lo abandone “sin haber hecho toda la defensa posible para conservarlo en beneficio de la acción común y del honor de las armas”. Y más rotundamente aún en el artículo 127 disponen: “El que tuviese orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance, lo hará”. Se identifica en este sentido el honor militar con la valentía, que ha de llegar al sacrificio de la misma vida en defensa de la Patria (18).

#### 4.4. *El honor del enemigo*

También el honor militar se predica respecto del comportamiento con el enemigo. Establece a este respecto el artículo 7 que las Fuerzas Armadas “ajustarán su conducta, en paz y en guerra, al respeto de la persona, al bien común y al derecho de gentes. La consideración y aún la honra del enemigo vencido son compatibles con la dureza de la guerra y están dentro de la mejor tradición española”.

El respeto y amparo del enemigo vencido, o puesto fuera de combate, presuponen un dictado dimanante del honor militar, que trasciende del ámbito moral al criminal, pues no en vano el Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, dedica todo un título, el 2º, al castigo de los militares responsables de delitos contra las leyes y usos de la guerra, teniendo esta consideración delictiva, entre otros comportamientos,

(17) HILARIO MARTIN JIMENEZ, op. cit., pp. 146 y 147.

(18) Artículo 27 de las Reales Ordenanzas

el maltrato de obra a un enemigo que se haya rendido o que no tenga ya medios de defenderse, la muerte, lesiones graves, torturas, trato inhumano a heridos, enfermos o náufragos (19).

##### 5. EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 17 DE JULIO DE 1945 Y EL CODIGO PENAL MILITAR APROBADO POR LEY ORGÁNICA 13/ 1985

El Código Marcial, incluso tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, contempla en su articulado los llamados delitos contra el honor militar. Concretamente es el título XI—artículos 338 a 357— el que da vida a un amplio y caprichoso elenco de figuras que poco o nada tienen que ver entre sí, faltando de este modo el legislador a su deber de sistematizar en la selección de los tipos que contravienen un mismo o parecido bien jurídico. En efecto, incluye este Cuerpo Legal como delitos que atentan contra el honor militar ilfeitos tan dispares como la cobardía, conivencia en la evasión de prisioneros de guerra, actos deshonestos con individuos del mismo sexo, exigencia o admisión de dádivas en consideración a los servicios prestados etc.

Ante tal cúmulo de despropósitos nos parece acertada la posición adoptada por el recientemente aprobado Código Penal Militar, que no se refiere ya a los delitos contra el honor militar, y ello, como expresa GARCIA DE SANTOLALLA (20), porque por una parte esta denominación empleada por el derogado Código Marcial—en su título XI, libro II— resulta excesivamente amplia, puesto que en la misma puede tener cabida cualquier actuación delictiva cometida por un miembro de las Fuerzas Armadas, supuesto que, en definitiva, el deshonor es una nota común a todos los delitos militares. Y, por otra, porque en buena técnica legislativa se hace preciso agrupar los distintos comportamientos delictivos bajo rúbricas adecuadas que delimiten el bien jurídico protegido.

Todo lo anteriormente expuesto creemos que se hilvana mejor con la consideración que nos ha servido de punto de partida: el honor como virtud de virtudes, que en sí misma comprende a todas, punto de equilibrio del valor, y la disciplina.

(19) V. artículos 69 a 78 de este Cuerpo Legal, que en definitiva responden a la obligación asumida por el Estado Español, al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949, de adoptar medidas legislativas de carácter interno en orden a castigar las infracciones contra el derecho de gentes.

(20) JOSE LUIS GARCIA DE SANTOLALLA, «El delito de cobardía», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por RAMON BLECUA FRAGA y JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE, Editorial Civitas, Madrid 1988, p. 1419.

## II. LOS TRIBUNALES DE HONOR

### 1. *Concepto*

Dice DOMINGUEZ-BERRUETA que los tribunales de honor persiguen conductas no tipificadas en los ordenamientos jurídicos específicos, sin control jurídico de fondo, con procedimiento, organización y fallo totalmente autónomos.

Su finalidad es claramente represiva y corporativa—prevaleciendo sobre cualquier poder jurídico—, pues no en vano su misión es “depurar la conducta de uno de sus miembros en relación con la propia corporación” (21).

Lo verdaderamente alarmante en los mismos es que sus integrantes se convierten, simultáneamente, en *legisladores*, determinando a su libre albedrío qué acto o conducta debe considerarse como deshonroso, *jueces* dictando al efecto la resolución de separación del servicio del inculcado; y *partes interesadas*, constituyéndose por compañeros del residenciado que no son miembros de la carrera judicial imparciales, inamovibles e independientes.

Con impecable retórica MADARIAGA nos recuerda que los tribunales de honor representan “un caso de atavismo jurídico, un retroceso a tiempos en que imperaba el derecho del más fuerte..., sin más responsabilidad que el póstumo juicio de Dios” (22).

### 2. *Naturaleza*

En opinión de MATEO LAGE (23) los tribunales de honor tienen un carácter atípico al margen de lo penal y disciplinario. Para DOMINGUEZ BERRUETA (24), por el contrario, de la Constitución de 1978 se desprende que esos tribunales, supuesto que existieran en el orden militar encajarían más bien dentro del derecho disciplinario. Lo que desde luego queda fuera de toda duda es que no quedarían imbricados dentro de los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales entre otras razones “porque su función no es la de aplicar la norma jurídica bien sea decidiendo una contienda conforme a Derecho, o bien sea castigando o sancionando una conducta ilegal,

(21) PABLO CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 88.

(22) JUAN DE MADARIAGA Y SUÁREZ, *Comentarios al Código de Justicia Criminal de la Marina de Guerra y Mercante*, Imprenta del Ministerio de Marina, 1899, p. 218.

(23) FERNANDO DE MATEO LAGE, «Los Tribunales de honor en el ámbito castrense. Actualidad Penal», nº 43, semana del 16 al 22 de noviembre de 1987, p. 2039.

(24) MIGUEL DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, “Los Tribunales de honor y la Constitución de 1978”, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p. 112.

delictiva o no, sino la de valorar acciones u omisiones que, independientemente de su juricidad o legalidad, afectan de tal modo a los valores, fama o buen nombre de la corporación que hacen a su responsable indigno de seguir perteneciendo a ella" (25).

A nuestro modo de ver esta clase de tribunales son Administración y no Jurisdicción y dentro de aquélla se enmarcan dentro de los órganos que ejercen potestad disciplinaria, como parece darlo a entender el hecho de que nuestros constituyentes de 1978 trasvasaran su ubicación, en un principio comprendida dentro del articulado dedicado al poder judicial, a la sección correspondiente a los derechos fundamentales y libertades públicas, y más concretamente en el artículo inmediatamente posterior al que refiere la facultad sancionadora de la administración (26), a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1931 que los incardina dentro de los preceptos relacionados con los órganos que ejercen jurisdicción.

### 3. ANTECEDENTES HISTORICOS

#### 3.1. Razones de su aparición

Históricamente los tribunales de honor surgen en el seno de la institución militar con el fin de erradicar el pernicioso uso social de los duelos, muy frecuentes entre la oficialidad de siglos pretéritos, y en los que se dirimían toda clase de ofensas (27). De aquí pasan a imbricarse en otros colectivos de carácter civil —asociaciones de toda índole, universidades, corporaciones—, para expulsar de ellos a aquellos individuos que desmerecieran moralmente no sólo para sí sino también de la institución a que pertenecieran.

#### 3.2. La Orden de 31 de marzo de 1811

Escribe LAMARCA PEREZ (28) que la primera referencia segura a estos tribunales está presente en un informe del ministro HEREDIA a las Cortes de Cádiz el 28 de febrero de 1811 proponiendo su implantación con el fin de expulsar de las filas del Ejército a quienes llevaran una conducta contraria al honor o el espíritu castrense. Este informe parlamentario sirvió de antece-

(25) PABLO CASADO BURBANO, op. cit., p. 88.

(26) MIGUEL DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, op., p. 112.

(27) PABLO CASADO BURBANO, op. cit., p. 88.

(28) CARMEN LAMARCA PEREZ: «Los Tribunales de honor militares y la Constitución Española de 1978». Ponencia presentada en las jornadas de estudio sobre Libertades Públicas y Fuerzas Armadas organizadas por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad

dente al proyecto que, presentado por el Consejo de Regencia, fue aprobado por las Cortes en virtud de la Orden del 31 de marzo de 1811. Dos características fundamentales tienen los tribunales de honor en esta Orden:

- En primer lugar, su actuación es subsidiaria respecto de los Consejos de guerra.
- En segundo lugar, previene reglamentar los supuestos y delitos en que debían conocer.

Sin embargo, dicha disposición normativa no llegó a tener virtualidad práctica alguna debido a la derogación, por el absolutista Rey Fernando VII, de toda la labor legislativa de las Cortes de Cádiz.

### 3.3. *La Real Orden de 3 de enero de 1867 ampliada por la de 30 de septiembre de 1870.*

Establece dicha Real Orden (29) que cuando un oficial o Jefe cometa un acto deshonoroso “que ponga en duda su valor, imprima una mancha en su reputación o dañe el buen nombre del Cuerpo, Arma o Instituto a que pertenezca, el gobierno podrá expedirle el retiro o licencia absoluta, según los años de servicio que contare, dejando a salvo la acción de los tribunales caso de que sobre el mismo hecho se siguieren procedimientos judiciales”.

Los requisitos exigidos por la misma para posibilitar la expulsión de las filas del Ejército de quien se comportara indignamente son los siguientes:

- 1º Que las cuatro quintas partes de los individuos de la clase a que pertenezca el causante, que sirvan en el mismo cuerpo armado u oficina, estén conformes en que el hecho es del género de los expresados.
- 2º Que el mínimo de individuos necesarios para completar dichas cuatro quintas partes sea el de cinco.
- 3º Que confirmen el hecho las noticias adquiridas por el Jefe o persona más caracterizada de la misma arma o Instituto.

### 3.4 *La Circular de 31 de marzo de 1876*

Complutense, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, pp. 277 y 278.

(29) Recogida por JOAQUIN GRACIA Y HERNANDEZ en *Nociones Teórico-Prácticas de Procedimientos Judiciales de toda clase*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1880, p.108.

La poca confianza que estos tribunales despertaron en el seno de la institución militar lo refleja el hecho de que, casi diez años más tarde a la entrada en vigor de la Real Orden de 1867, la Circular de 31 de mayo de 1876 apelase a la conciencia de quienes componían aquéllos para que examinaran esta clase de asuntos “con tranquila calma y serena conciencia hasta cerciorarse de la verdad; porque si el expediente viene después a demostrar con el fino análisis de los hechos que no hubo mancha en el honroso uniforme del que ligeramente consideraron culpable, se rebaja su propio prestigio, se excitan perniciosas rivalidades o llegan a romperse los lazos del compañerismo militar, que son la envidia de todas las clases sociales” (30).

### 3.5. *El Código de Justicia Militar de 1890*

Mantiene los Tribunales de honor militares en la misma línea que sus precedentes legislativos, y así, como rasgos más significativos de los mismos —que se mantendrán luego en el de 1945— aparecen (31) el que los jueces no se limitan a aplicar la norma sino que también la crean al considerar qué actos de un militar pueden desmerecer en el concepto público. Es la conciencia jurídica de la corporación militar la que *tipificará y enjuiciará* las infracciones contra el honor militar. Por otra parte la condena no requiere basarse en pruebas concretas y materiales bastando llegar al convencimiento moral de los miembros del Tribunal, lo que indubitadamente quiebra el principio-garantía de la presunción de inocencia. Por si todo esto fuera poco, los fallos del Tribunal de honor son firmes, o lo que es lo mismo, contra sus decisiones no cabe recurso alguno, produciéndose de esta manera una absoluta indefensión del inculpado, debiéndose a este respecto dejar claro que la intervención de los correspondientes Consejos de guerra y marina quedaba limitada, tan sólo, a cuestiones de procedimiento no pudiendo entrar bajo ningún concepto en el fondo del asunto, ni siquiera en las argumentaciones de derecho del fallo.

### 3.6. *La Constitución de 1931*

El artículo 95 determina que quedan abolidos los Tribunales de honor *tanto civiles como militares* (32)

(30) Recogida por GRACIA Y HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 109.

(31) CARMEN LAMARCA PEREZ, *op. cit.*, p. 282.

(32) La Ley de 20 de mayo de 1932 concedió a estos efectos un recurso extraordinario de revisión cuyo fallo correspondía a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

### 3.7. *El Decreto de 17 de noviembre de 1937*

Restablece en el Ejército y la Armada los Tribunales de honor por considerar que este valor no se encuentra suficientemente amparado por las leyes. De ahí que la exposición de motivos (33) apele a la necesidad de “confiar a quienes visten el uniforme..., un método más eficaz que impida se mancille la más preciada de sus virtudes”.

### 3.8. *La Ley de 1º de marzo de 1940 de represión de la masonería y el comunismo*

Contempla la misma la intervención de los Tribunales de honor para expulsar de la milicia a quienes estuvieran incursos en alguna de estas organizaciones, constituyendo paralelamente un Tribunal mixto compuesto por representaciones de los tres ejércitos que tenía como misión conocer de los recursos contra las decisiones de aquéllos garantizando así la unidad de criterio (34).

### 3.9. *El Código de Justicia Militar de 1945*

Se refiere a los Tribunales de honor en el Tratado Tercero, Título XXV, Capítulo III. Concretamente el artículo 1025 prevé que sean sometidos a éstos los generales, jefes y oficiales “que cometan un acto contrario a su honor o dignidad u observen una conducta deshonrosa para sí, para el arma o cuerpo a que pertenezcan o para los Ejércitos, aunque los mismos hechos estuvieran ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo, salvo si hubieran sido sancionados con separación del servicio. Todas las actuaciones del Tribunal de honor serán rigurosamente secretas”

Los artículos 1025 a 1032 dictan normas sobre convocatoria y formación de esta clase de tribunales pasando su funcionamiento por los trámites de lectura de cargos, audiencia del interesado, resolución de los incidentes de recusación, aportación de pruebas y práctica de las mismas, calificación de los hechos conforme a la conciencia de sus integrantes, declarando o no si son deshonorosos, y el fallo que, caso de ser condenatorio —si lo declara el voto de las dos terceras partes de los reunidos— acordará la separación del servicio del encartado. Contra la resolución acordada por el Tribunal de

(33) *B.O.E.* de 21 de noviembre de 1936.

(34) Con posterioridad a esta disposición normativa los Tribunales de honor se extienden a la Administración Civil del nuevo Estado.

honor no cabe recurso alguno y, en este sentido, la fiscalización del Consejo Supremo de Justicia Militar es meramente formal sin entrar en el fondo material del asunto.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA DE LA L.O. 2/89, PROCESAL MILITAR

En el Título I referente a los derechos y deberes fundamentales “se prohíben los Tribunales de honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales”.

El artículo 107 del Anteproyecto de Constitución no incluía la problemática de los Tribunales de honor y así, dentro del Título VI “del poder judicial”, se refería tan sólo a la supresión de los Tribunales de excepción. Fue el dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados (35) el que incluyó, como artículo 111, el mismo texto que pasará con carácter definitivo al artículo 26 de la Ley Fundamental (36).

A pesar de que fueron muchos los grupos parlamentarios que mostraron en un principio su voluntad favorable para erradicar del orden jurídico tanto los Tribunales de honor civiles como militares, presentando al efecto diversas enmiendas (37), finalmente el informe de la ponencia (38) dejará subsistentes los de carácter militar.

En la sesión parlamentaria del día 8 de junio de 1978, en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades públicas, el Sr. FRAGA IRIBARNE, en contestación al diputado SOLE BARBERA, manifestó lo siguiente: “Entiendo que los Tribunales de honor, en una organización como la militar, tienen una importancia trascendental y yo afirmo que eso que ellos mismos llamaron —porque era un soldado el que lo escribía en una de las mejores piezas de ese teatro clásico— una religión de hombres honrados necesita cuidar de su honor estamental. Estimo, por tanto, que esos tribunales deben dejarse a la costumbre..., a la ley especial y no ser ni constitucionalizados ni expresamente prohibidos por la Constitución” (39).

(35) *Boletín Oficial de las Cortes* de 1 de julio de 1978.

(36) V. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Cívitas, Segunda edición ampliada, Madrid, 1985, pp. 535 y 555.

(37) Así, por ejemplo, las enmiendas números 162, 432 y 695, respectivamente presentadas por los grupos parlamentarios de Minoría Catalana, Socialista y Comunista. Este último por considerar a los Tribunales de honor “instrumento de represión corporativos”. V. *Trabajos Parlamentarios*, Volumen I, pp. 420 y 421.

(38) *Trabajos Parlamentarios*, Volumen I, p. 567.

(39) *Trabajos Parlamentarios*, Volumen II, pp. 1367 y 1368



El representante del grupo Parlamentario Socialista Sr. MARTIN TOVAL —en la misma sesión del 8 de junio de 1978— propuso que se prohibieran los Tribunales de honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales —guardando silencio sobre los Tribunales de honor militares—, calificándolos de “reliquia del pasado, posiblemente para muchos grata de tener en la panoplia de las instituciones de este pasado” (40)

El que sin duda mantuvo la posición más coherente en relación con el conjunto de garantías y principios que inspiran la Constitución fue el Senador perteneciente al grupo de Socialistas independientes LORENZO MARTIN RETORTILLO, quien, el día 27 de julio de 1978, presentó una enmienda al Proyecto de Constitución en el sentido de dejar abolidos también a los Tribunales de honor militares. Y es que, como el mismo afirmara, “no se explica la reinstauración de una regla tan retrógrada para una categoría muy concreta de ciudadanos. De nuevo se restablece la *discriminación* en relación con los dignos componentes de las Fuerzas Armadas. De prevalecer el precepto, tal y como viene en este punto, tendríamos un ejemplo palpable de la más burda incongruencia” (41).

A nuestro modo de ver la intención del legislador cuando definitivamente dió vida al artículo 26 era legitimar, a contrario sensu, los Tribunales de honor militares (42) —al menos en tanto y en cuanto una Ley especial no los prohibiera, como ha hecho ahora la Ley Procesal Militar, de 13 de abril de 1989—, lo que sin duda representó una contradicción con los principios fundamentales de la Ley Suprema, además de un atentado a la lógica jurídica. Y en este sentido oportunidades no le faltaron para haber abordado, en las sucesivas reformas operadas en la legislación militar, la prohibición de los Tribunales de honor. Así, y por orden cronológico, ni la Ley Orgánica 9/80, de 6 noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar —que dio nueva redacción a ochenta y nueve artículos—, ni las Leyes Orgánicas 12 y 13/1985, respectivamente referidas al régimen disciplinario y penal militar, ni incomprensiblemente la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, contemplan en su articulado la supresión de aquéllos. Habrá de esperarse —como ya se ha dicho— a la Ley

(40) Trabajos Parlamentarios. Volumen II, p. 1369.

(41) Trabajos Parlamentarios. Volumen III, p. 3827

(42) Escribe A. GUAITA a este respecto en «Comentarios a la Constitución de 1978». Editorial *Revista de Derecho Privado* 1983, Tomo III, p. 115, que “sólo pueden existir allí donde nacieron, en las Fuerzas Armadas”, Y LUIS SANCHEZ AGESTA conviene en esta misma interpretación en *la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 77

Procesal Militar, cuya Disposición Derogatoria única deja sin vigor el Tratado III del Código de Justicia Militar, para que definitivamente desaparezcan de nuestro ordenamiento jurídico.

La Jurisprudencia, sin embargo, ya había cuestionado la constitucionalidad de ciertos aspectos de los Tribunales militares adelantándose a la Ley Procesal de 13 de abril de 1989. Cabe citar por su importancia la *Sentencia* de la Sala V del Tribunal Supremo de *14 de mayo de 1985*, que entre otros extremos consideró derogado el artículo 1039 del Código de Justicia Militar, a cuyo tenor no cabe recurso alguno contra la disposición del Ministerio respectivo en cuya virtud "se decreta la separación del Servicio y baja del residenciado en el Ejército a que pertenezca", en base no sólo a las garantías que proclama la Constitución sino también por lo determinado en las propias Reales Ordenanzas para las F.A.S., cuyo artículo 200 precisa que "todo militar podrá interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a derecho".

##### 5. LAS RAZONES PROPUGNADAS PARA SOSTENER LA EXISTENCIA DE LOS TRIBUNALES DE HONOR

A pesar de lo hasta ahora dicho no han faltado voces en la doctrina defensora de esta clase de tribunales. Para MARTIN JIMENEZ (43), aunque reconoce que no todo ha sido limpio en este negocio, y de ello no deriva sino desprestigio, su reconocimiento implícito en la Constitución representa un alivio moral para el profesional de las armas, "pues la tradición en los Ejércitos tiene un peso específico importante, y en punto de honor lo emocional actúa, quizás, con más fuerza que el puro raciocinio" (44).

La necesidad y justificación de los Tribunales de honor se ha querido deducir de la especial identificación que la milicia tiene con el honor, no llegando por otra parte las leyes a prever todos los casos ni a castigar todos los hechos que le afectan.

En este orden de cosas "muchos actos no constituyen delito ni falta en el orden legal y sin embargo lesionan el honor; otros están penados, pero la impunidad se abre paso por falta de pruebas y el delincuente, reo indudable de un hecho deshonesto, queda a salvo de punición y gozando de todas las consideraciones, y aún mayores que otros sujetos dignos y puros. En la sociedad

(43) HILARIO MARIN JIMENEZ, op. cit., p. 151.

(44) HILARIO MARTIN JIMENEZ, op. cit., p. 152.

civil no parece tener esto remedio, mas en la sociedad militar la gangrena ha de atajarse con mano firme cortando los miembros dañados” (45).

Como fácilmente puede evidenciarse tales argumentos ni constituyen un *alivio moral* ni son de recibo en un momento histórico como el presente que ha dado paso a un sistema de garantías individuales en favor de los ciudadanos, —incluidos, cómo no, los militares— que no puede ceder ante condicionamiento alguno. Bien está que al militar le sea exigible en todo momento una conducta respetuosa con los bienes jurídicos comprendidos tanto en la legislación sancionadora militar como en la civil, pero de ahí a justificar unos tribunales que ni actúan con sometimiento al principio de legalidad, que no proporcionan seguridad jurídica, y que, por si fuera poco, no atienden ni por asomo a las garantías procedimentales propias de un Estado de Derecho, creemos que media un abismo.

La identificación de la institución militar con el honor no pueda llegar al punto de abrir las puertas a esta clase de Tribunales, al menos con las pautas de funcionamiento en que tradicionalmente se han desenvuelto. Tan importantes como el honor son para las Fuerzas Armadas los valores de la disciplina y la profesionalidad y, sin embargo, no necesitan para su defensa de otros mecanismos jurídicos al margen de los derivados de la Ley Disciplinaria y del Código Penal Militar. Como vamos a tener ocasión de demostrar seguidamente los argumentos para erradicar los Tribunales de honor son mucho más sólidos y consistentes.

## 6. LAS RAZONES PARA QUE LA LEY ORGÁNICA 2/89 HAYA HECHO DESAPARECER LOS TRIBUNALES DE HONOR

La Exposición de motivos de la Ley Procesal Militar no arroja luz de por qué razones la Disposición Derogatoria de la misma deja sin vigor los Tribunales de honor en el ámbito castrense. Ello no obstante la doctrina, desde diferentes puntos de vista, había abordado los inconvenientes tanto teóricos como prácticos para la subsistencia de aquéllos.

### 6.1. *La teoría de las normas anticonstitucionales de la propia Constitución*

A tenor de esta sugestiva teoría ha de inferirse que incluso antes de la entrada en vigor de la Ley Procesal Militar los Tribunales de honor militares tendrían una dudosa virtualidad supuesto que en la Constitución “existe una

(45) V. JUAN DE MADARIAGA Y SUAREZ, op. cit., p. 218.

cierta jerarquía, de modo que determinados preceptos ostentan un valor superior y se imponen o prevalecen sobre otros" (46)

Dicho de otro modo: las garantías específicas proclamadas en la Norma Fundamental tales como legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos —artículo 9.3.—; la prohibición de condenar por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa —artículo 25— y, finalmente, el derecho al juez predeterminado por la Ley —artículo 117—, interpretados sistemáticamente en relación con el artículo 26, tendrían una jerarquía superior toda vez que este último precepto, al reconocer los Tribunales de honor militares, tácitamente viene a dar al traste con todas aquellas garantías que, a nuestro juicio, son fiel manifestación de la justicia y de la libertad, valores superiores del orden constitucional —artículo 1º— (47).

Y es que como señala DOMINGUEZ BERRUETA (48), la Constitución ha de ser estudiada y comprendida en su conjunto y, contemplada ésta como un texto unitario, nada hay en la misma que avale la permanencia de los Tribunales de honor militares, tal como aparecen regulados en la L.O. de 6 de noviembre de 1980, precisamente por estar en confrontación directa con los principios jurídicos esenciales contenidos en el texto de la Ley Superior.

## 6.2. *El respeto a los principios de legalidad y tipicidad. La prohibición de la analogía*

El reconocimiento de los Tribunal de honor, tal como aparecen regulados en el Código de Justicia Militar, choca frontalmente con los principios de legalidad y tipicidad. En efecto, dice el artículo 25 de la Constitución que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Para el artículo 1025 del Código de Justicia Militar basta, para poder responder ante un Tribunal de honor, con la comisión por el ciudadano de uniforme de un acto contrario a su honor o dignidad o, en su caso, realice una conducta deshonrosa ora para sí, ora para el arma o cuerpo a que pertenezcan, no especificando la norma cuáles son, concretamente, estos actos contrarios a la honra o dignidad.

(46) CARMEN LAMARCA PEREZ, *op. cit.*, p. 290.

(47) El prestigioso Senador MARTIN RETORTILLO defendió con acierto, aunque no con éxito, esta teoría, que según él tiene su origen en las tesis del inspublicista OTTO BACHOFF. V. Trabajos Parlamentarios. Volumen III, p. 3827

(48) M. DOMINGUEZ-BERRUETA, *op. cit.*, p. 106.

A juicio de LANDIN CARRASCO (49), “no podríamos hacer relación de los actos que caen bajo la acción de los Tribunales que estudiamos porque pecaría de incompleta; por otra parte son tan variadas las circunstancias que en las actuaciones reales pueden concurrir que la determinación de si son o no deshonorosas o indignas no debe ajustarse a reglas fijadas de antemano, sino que ha de hacerse en cada caso por los propios compañeros del residenciado, en cuya conciencia tiene vigencia el Código del honor castrense, sin lugar en moldes legales, pero con vida real en el seno de la comunidad militar”.

De acuerdo con la nueva dogmática jurídica la ley debe dar contenido preciso y taxativo a la norma “hasta en sus aspectos más mínimos” (50), impidiendo así por un lado que sus destinatarios no sepan a qué atenerse en un momento determinado; y por otro, que los juzgadores se atribuyan facultades que no les corresponden, evitando llegar a situaciones de tiranía antidemocrática.

En cierto modo el empleo de términos tan confusos e indeterminados como lo son, sin ningún género de dudas, los consagrados en el artículo 1025 del C.J.M., da entrada al peligroso juego de la analogía, prohibida en el marco del Derecho sancionador —cuando se aplica en perjuicio del inculpado—, con excepción, claro está, de los códigos represivos de carácter totalitario que, con la excusa de defender los intereses de una clase o de un pueblo, *legalizan* toda clase de atropellos (51).

Que los Tribunales de honor no formen parte del poder judicial del Estado, sino más bien de su potestad sancionadora, no quiere decir que ésta no deba dar entrada a los principios inspiradores del moderno Derecho Penal —y entre ellos el de legalidad y tipicidad—, porque como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de junio de 1981 orden penal y derecho administrativo sancionador son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

### 6.3. *El respeto al principio de igualdad*

La configuración de los Tribunales de honor en el C.J.M. rompe con el principio de igualdad jurídica —artículo 14 de la Constitución— en una doble vertiente:

(49) A. LANDIN CARRASCO, *Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*, 6ª edición, Ministerio de Marina, Madrid, 1967, pp. 301 y 302.

(50) V. Trabajos Parlamentarios. Volumen III, p. 3827, intervención del Sr. MARTIN RETORTILLO.

(51) Es el caso del Código Penal Soviético del 1922 y el nacional-socialista de 1935.

a) *Ad intra*, en relación con los dignos componentes de la suboficialidad, puesto que la dicción del artículo 25 del Código Marcial circunscribe la intervención de los Tribunales de honor como referida a la conducta deshonrosa de los generales, jefes y oficiales de los Ejércitos, excluyendo implícitamente los actos deshonrosos de los suboficiales, lo que resulta incongruente si nos atenemos a lo previsto en el artículo 70 de las Reales Ordenanzas a cuyo tenor el honor del suboficial le impulsará a obrar rectamente. Luego, si como no podía ser menos el suboficial tiene honor, ¿por qué no predicar esta clase de tribunales, supuesto que existieran, respecto de aquéllos?

b) *Ad extra*, en relación con los funcionarios civiles, porque si el derecho a la igualdad quiere decir, como ha interpretado el Tribunal Constitucional (52), que a supuestos de hecho iguales deben derivarse, correlativamente, consecuencias jurídicas también iguales no encontramos razones justificadas para que los miembros de las F.A.S. no puedan tener derecho en condiciones de igualdad a la legalidad, tipicidad, al juez predeterminado por la ley..., etc.

#### 6.4. *El respeto a los principios "no bis in idem" y santidad de la cosa juzgada.*

La conculcación de estos principios es manifiesta atendiendo a la redacción del artículo 1025 del Código Marcial, que permite la intervención de los Tribunales de honor, aunque los mismos hechos estuvieran ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo.

Quiere esto decir que para el Código de Justicia Militar los Tribunales de honor lo pueden todo, incluso contradecir las sentencias de los órganos jurisdiccionales, lo que resulta inadmisibile.

#### 6.5. *La aplicación de los derechos fundamentales proclamados en el artículo 24 de la Constitución al ámbito de lo militar.*

Conforme establece el artículo 24 de la Ley Fundamental todas las personas tiene derecho, sin excepción:

- A obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que pueda producirse indefensión.

(52) Sentencia de 14 de julio de 1982 (B.O.E. de 4 de agosto).

- Al juez ordinario predeterminado por la Ley.
- A utilizar los medios de prueba pertinentes.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que estos derechos son de aplicación en el ámbito de lo militar (53). Sin embargo, no parece precisamente que sean respetados en el marco normativo del Código de Justicia Militar. Por lo que hace a la garantía de acudir ante un Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta que los componentes de estos Tribunales no son auténticos jueces competentes e integrados en la Jurisdicción. Por lo que se refiere a la dispensa de una tutela efectiva de jueces y tribunales se produce la paradoja, ya expresada, de que contra sus resoluciones no cabe recurso alguno. Finalmente no respetan el derecho a utilizar por el inculpado los medios de prueba pertinente, ya que éstos pueden ser desestimados sin que aquél pueda recurrir por quebrantamiento de forma.

### III. CONCLUSIONES

1.- La pervivencia, al menos teóricamente sostenida por algunos autores de los Tribunales de honor en el ámbito castrense, luego de entrar en vigor la Constitución de 1978, —a pesar de lo dispuesto en el artículo 26 de ésta— supuso una negación de la subordinación del estamento militar a la misma.

2.- Por si cabían dudas la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, ha dejado sin vigor las disposiciones del Código de Justicia Militar que contempla la organización y funcionamiento de los Tribunales de honor.

3.- La supresión de esta clase de Tribunales nos parece acertada no sólo porque su organización y funcionamiento responde a una negación de las garantías y principios en que se inspira la Constitución de 1978 sino, además, por el hecho de que el honor, junto a la disciplina, el valor y la profesionalidad, virtudes todas ellas imprescindibles para la eficacia de las Fuerzas Armadas, se encuentra suficientemente amparado en el marco del Derecho Militar. Y tanto a un nivel declarativo, por las Reales Ordenanzas de las FAS, como represivo, por la Ley Disciplinaria y Código Penal Militar.

4.- De este modo las especialidades o matices que en el ordenamiento jurídico militar precisa con respecto al ordenamiento estatal no justifica en ningún caso la subsistencia de los Tribunales de honor castrenses; antes bien, a nuestro modo de ver, de mantenerse éstos llegaríamos a una desnaturalización de aquéllas.

(53) Sentencia de 8 de junio de 1981.

## **2. NOTAS**



## BOSQUEJO HISTORICO-LEGISLATIVO DEL CUERPO JURIDICO MILITAR

Por el Profesor Dr. Nicolas GONZALEZ DELEITO

En el siglo XIX, cuando D. Serafín Estébanez Calderón, Auditor general del Ejército del Norte en la primera guerra carlista, intentó publicar una "Historia de la Infantería española", se adujo, por algunos críticos castrenses, que las Armas no eran entidades con historia propia, siendo tan sólo precedente una Historia del Ejército.

No obstante, fueron bien acogidas la "Historia orgánica de las Armas de Infantería y Caballería", del general Conde de Clonard, y la clásica "Historia de la Infantería" de Rüstow. La cuestión no puede plantearse respecto del Cuerpo Jurídico Militar, ni de ningún otro Cuerpo no combatiente integrado en la Milicia (Sanidad, Intervención, Farmacia, Veterinaria, etc).

Cuerpo Jurídico propiamente dicho no existe en España antes del siglo XIX. Desde los Reyes Católicos hasta la era de la Codificación, los Ejércitos han contado, en España, con el asesoramiento de los Auditores (juristas al servicio de la Milicia, en función dictaminadora y muchas veces decisoria, como ejerciente de una jurisdicción delegada o de una jurisdicción compartida con el Mando militar). Con anterioridad a los Reyes Católicos, no hay pruebas ni indicios de adscripción de juristas a las Instituciones Armadas, tal vez por el hecho de que, a lo largo de nuestro Medievo, la jurisdicción castrense es ejercida por jueces civiles-juzgadores también de "los delitos propios de la situación de guerra", como afirma el Auditor Martínez de la Vega (1) y había observado ya Albert du Boys al referirse a autoridades judiciales conocedoras de *toda clase de causas* (2).

Se ha concedido al Auditor de Guerra, desde 1480, todo el relieve, toda la personalidad, toda la importancia merecida por quien en términos de

(1) *El Derecho Militar en la Edad Media.- Fueros Municipales* (Zaragoza, 1912).

(2) *Historia del Derecho Penal en España* (trad. de José de Vicente Caravantes). Madrid, 1872.

Derecho ha asesorado al Mando Militar. Así, en las Ordenanzas de Alejandro Farnesio (1587), en las de Felipe IV (1632), en las de Carlos III (1768), cuyo Título VIII del Tratado VIII confiere una jurisdicción delegada a los Asesores jurídicos del Mando castrense; en el Real Decreto de 24 de marzo de 1834 y, en general, en todas las disposiciones regulativas de aspectos judiciales de la Milicia. Pero los Auditores no han constituido un Cuerpo determinado en todo el período histórico que se extiende desde el reinado de los Reyes Católicos hasta el de Isabel II. Corresponde a esta Soberana la primera regulación de un Cuerpo Jurídico Militar, aunque con carácter todavía civil de sus miembros (Reales Decretos de 1852 y 1866). Seis años después de su destronamiento, el General Serrano, Presidente del Poder ejecutivo en el efímero período comprendido entre el golpe de Estado del General Pavía y el pronunciamiento del General Martínez Campos en Sagunto, dota de plena condición militar a los integrantes del Cuerpo Jurídico del Ejército. Estos dejan de ser juristas civiles al servicio de la Milicia para convertirse en asimilados a Generales, Jefes y Oficiales del Ejército, con uniforme, con distintivos, con escalafonamiento y con total integración en la Institución marcial.

Ahora, cuando una ley de 5 de abril de 1988 ha creado un Cuerpo Jurídico de la Defensa Nacional, con fusión de los antiguos Cuerpos Jurídicos Militares de Tierra, Mar y Aire, es interesante trazar un bosquejo histórico legislativo del auténtico Cuerpo Jurídico Militar de poco más de un siglo de existencia (ciento treinta y seis años si pensamos en el Real Decreto de 1852 y ciento catorce años si se repara en el de 1874). De la época precedente, del período 1480-1852, queda el recuerdo de personalidades preclaras que ejercieron el cargo de Auditor: AYALA (en Flandes), ZAYAS (guerra alpujarreña con los moriscos), SUAREZ DE FIGUEROA (Italia), ABADAL (Cataluña), RENDON CABEZA (Ceuta), HERRANDO (Proceso del Duque de Montpensier por el duelo con el Infante D. Enrique), etc.

Sin renunciar a ensayos biográficos de los mencionados Auditores, interesa la historia exacta del estricto Cuerpo Jurídico como tal, como corporación perfectamente integrada en la Milicia. A este designio responden las líneas que siguen.

## LA JUSTICIA MILITAR EN EL SIGLO XIX

Hasta el siglo XIX no ha existido una verdadera organización de la Justicia Militar en todos sus aspectos. El Ejército ha dispuesto de Asesores y de Fiscales-Instructores, letrados civiles al servicio de la Milicia. Pero hasta 1852 no existe un verdadero Cuerpo Jurídico (todavía de carácter civil). Y

hasta veintidós años más tarde (1874) no hay Cuerpo Jurídico Militar en su más amplio sentido (contenido castrense y carácter militar de sus componentes).

Un año antes de la Guerra de la Independencia —1807, el Supremo Consejo de Guerra (Cuerpo consultivo y órgano jurisdiccional, regulado por el Real Decreto de 23 de abril de 1714) se desdobra en “Consejo Militar de Tierra” y “Consejo de Marina o Almirantazgo”. Es una división subsistente hasta el Decreto de 10 de junio de 1812, en plena contienda bélica. Se crea entonces el “Tribunal Especial de Guerra y Marina” (fusión del Supremo Consejo de Guerra y del Almirantazgo), reafirmado por Reales Decretos de 1814, 1820 y 1823.

El Real Decreto de 24 de marzo de 1834 instituye el “Tribunal Supremo de Guerra y Marina”, con la facultad de conocer de las apelaciones contra resoluciones de los órganos jurisdiccionales castrenses de primera instancia. En 7 de abril siguiente se dispone su constitución a base de un Capitán General como Presidente, cinco Ministros militares, tres Ministros togados de Ejército y Marina, dos Fiscales Militares (uno de Tierra y otro de Mar) y dos Fiscales togados. Cuatro años más tarde, el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 autoriza los recursos “de nulidad” contra sentencias del Tribunal Supremo castrense ante el Tribunal Supremo de Justicia, cuando las referidas sentencias “fueren contrarias a la ley, clara y terminantemente” (artº 3º). Al cabo de ciento cuarenta y dos años, vuelve a establecerse un recurso de casación contra sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ley de 6 de noviembre de 1980).

Con referencia concreta al Cuerpo Jurídico Militar (estamento de juristas al servicio de la Milicia), la legislación es la siguiente:

A) Real Decreto del Ministerio de la Guerra de 22 de Diciembre de 1852. Reinado de Isabel II. Ministro refrendante: D. Juan de Lara, titular de la cartera de Guerra en el Gobierno presidido por el General Roncalí, Conde de Alcoy. La disposición consta de 35 artículos. Se determina que las Asesorías y Fiscalías de Juzgados militares estarán a cargo de “Abogados de conocida reputación y honradez” (Artº 3º). Para ocupar las Auditorías de Guerra serán propuestos “los que cuenten a lo menos ocho años de Fiscales de Juzgados de Guerra o de Asesor o Fiscal del Juzgado de la Intendencia General Militar y los que reúnan los requisitos necesarios para ser nombrados Ministros de las Audiencias del Reino”. En el Tribunal Supremo de Guerra y Marina funcionará una Sala de Justicia que “será presidida por el Ministro Togado que Su Majestad nombre al efecto” (Artº 14). El más antiguo de los otros Minis-

tros Togados será Ministro Asesor de la Sala de Generales y de los Cuerpos de la Casa Real, Artillería e Ingenieros (Artº 15).

En cuanto a incompatibilidades, se dispone que no puede ser Auditor de Guerra de una Capitanía General distinta de la Corte el nacido en el Distrito — a no ser por accidente—, el casado con mujer natural del propio territorio, ni el Abogado que desde largo tiempo ejerza su profesión en la demarcación de la Capitanía General en cuestión (Artº 21).

Los artículos 25, 26, 27 y 28 del Real Decreto comentado regularon todo lo referente a ceses, jubilaciones, suspensiones y traslaciones de funcionarios del Cuerpo Jurídico.

Fue este Real Decreto el que, tras regulaciones fragmentarias o parciales de la Justicia Militar, dio vida al Cuerpo Jurídico propiamente dicho, aunque no de una manera completa, siendo su mejor complemento normativo la Real Orden de 10 de diciembre de 1864, sobre bases generales de organización.

B) Real Decreto del Ministerio de la Guerra de *19 de octubre de 1866*. Reinado de Isabel II. Ministro refrendante: D. Ramón-María de Narváez, Duque de Valencia. Consta de 15 artículos.

En el Preámbulo o Exposición de Motivos, se resalta al necesidad de completar la organización del Cuerpo Jurídico, con “categorías equiparadas a la establecidas en la Carrera jurídico-civil, con quien la militar tiene completa semejanza”.

Según el artº 1º, la composición del Cuerpo Jurídico es la siguiente:

Ministros Togados del Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

Cuatro Auditores de Guerra de primera clase

Diez Auditores de Guerra de segunda clase.

Seis Fiscales de primera clase.

Seis Fiscales de segunda clase.

Y nueve Fiscales de tercera clase.

Se establece por el Artº 2º la escala cerrada y se dispone por el Artº 4 que el ingreso en el Cuerpo se efectúe por la categoría de Fiscal de tercera.

El Artº 11º señala las asimilaciones con la Carrera judicial ordinaria. El Auditor de Castilla la Nueva continúa siendo, de hecho Magistrado de la Audiencia de Madrid. Los Auditores de Guerra de 1ª clase son asimilados a Presidentes de Sala de Audiencias distintas de la de Madrid. Los Auditores de segunda tienen asimilación a Magistrados de Audiencia. Los Fiscales de

1ª, a Jueces de primera instancia de término. Los Fiscales de 2ª, a Jueces de ascenso. Y los Fiscales de 3ª, a Jueces de entrada.

Por el Artº 14 se instituye una Junta Inspectora, con amplias atribuciones en materia de escalafones, oposiciones y consultas.

C) Decreto del Ministerio de la Guerra de 9 de abril de 1874 (Poder ejecutivo. Presidente, General SERRANO, Duque de la Torre. Ministro, General D. JUAN ZAVALA). Consta el Decreto de 13 artículos, un artículo adicional y cuatro disposiciones transitorias. En la Exposición de Motivos se dice: "La buena administración de Justicia es uno de los más sólidos fundamentos en que debe apoyarse la moralidad y disciplina de los Ejércitos, siendo garantía de que aquélla se obtenga la calidad de las personas encargadas de hacerla efectiva". Para ello, se siente la necesidad de un Cuerpo que reúna "ilustración y práctica". Y como principios fundamentales del mismo se indican: "La asimilación militar, la absoluta escala cerrada, el ingreso por oposición y el ascenso de grado en grado por rigurosa antigüedad".

El Artº 1º dispone que formarán parte del nuevo Cuerpo Militar los Ministros y Fiscales togados que hayan pertenecido al Tribunal Supremo de Guerra y Marina y al Consejo Supremo de la Guerra, y los Auditores y Fiscales que hubieren ingresado en el Cuerpo Jurídico reglamentariamente.

La composición —según el artº 2º— es la siguiente:

- a) Cuatro Ministros Togados y el Fiscal Togado del Consejo Supremo de la Guerra.
- b) Cinco Auditores generales de Ejército con destino en las Capitanías generales de Castilla la Nueva, Cataluña, Andalucía-Extremadura Granada y Cuba.
- c) Trece Auditores de Guerra de distrito, con destino en las Capitanías generales de Valencia, Galicia, Aragón, Castilla la Vieja, Provincias Vascongadas-Navarra, Burgos, Balcares, Canarias, Puerto Rico y Filipinas y Comandancias generales de Ceuta y Departamento Oriental de la Isla de Cuba; y plaza de Teniente Fiscal togado del Consejo Supremo de la Guerra.
- d) Veinte Tenientes Auditores.

Las asimilaciones-con arreglo al artº 6º son éstas:

Ministros y Fiscal Togado..... Mariscal de Campo (General de División)

Audidores generales de Ejército.....	Brigadier (General de Brigada)
Audidores de Guerra de Distrito.....	Coronel
Tenientes Auditores de 1ª clase .....	Teniente Coronel
Tenientes Auditores de 2ª clase... ..	Comandante
Tenientes Auditores de 3ª clase.....	Capitán
Auxiliares.....	Teniente

Por el artº 10, se garantiza al Cuerpo “absoluta independencia y libertad de opinión”.

Por los arts. 11 y 12, se crea una Junta Inspector, que formará los escalafones todos los años, hará las propuestas reglamentarias de destinos, propondrá las recompensas procedentes, acordará los ejercicios de oposición, despachará expedientes relativos al personal del Cuerpo Jurídico y Escribanos de Guerra, y evacuará consultas.

Finalmente, el artº 13 dispone: “Para el régimen y gobierno del Cuerpo Jurídico Militar tendrá éste un Reglamento, en donde se especifiquen con toda extensión sus obligaciones y derechos”.

La importancia de este Decreto estriba en la militarización de los juristas al servicio de la Milicia, en la creación de un nuevo Cuerpo de plena condición militar.

D) Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar para la aplicación del Decreto Orgánico de 9 de abril de 1874. Fecha de este Reglamento: 5 de julio de 1875. Reinado de Alfonso XII. Ministro *refrendante*: General Don Fernando Primo de Rivera y Sobremonte. Contenido: 104 artículos y dos disposiciones transitorias.

Se confirman las asimilaciones a empleos de Armas y Cuerpos combatientes establecidas en el Decreto que desarrolla y se dispone que los miembros del Cuerpo disfruten de los mismos sueldos asignados a los empleos a que se les asimila. (Arts. 1º y 5º)

En cuanto a *objeto y atribuciones*, los arts. 7º y 8º disponen: “El Cuerpo Jurídico Militar tiene por objeto la buena, recta y pronta administración de justicia y la exacta aplicación de las leyes del Ejército que son la base de su unidad, su disciplina, su fuerza y su existencia”. “Las atribuciones del mismo Cuerpo consisten, según los especiales cargos de los individuos que lo componen, en fallar como jueces sobre los negocios y casos de su exclusiva competencia; en asesorar, bajo su sola responsabilidad, a los Jefes superiores de la Milicia cuando éstos ejerzan, según Ordenanza, verdadera jurisdicción y en ilustrar a los mismos Jefes cuando consulten sobre cualquier materia de Derecho constituido”.

Por su parte, el art. 9º concede a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar la cualidad de "autoridades judiciales" del mismo modo que el Derecho común establece para los funcionarios de sus clases en la Judicatura y Ministerio Fiscal. En el Ejército y fuera de él deben ser "considerados, respetados y acatados".

Respecto a los Auxiliares (Tenientes) con destino en las plazas de soberanía de Melilla y Ceuta se les asignan, respectivamente, funciones de jurisdicción voluntaria civil (con inclusión de juicios de tipo verbal) y misión de abogados de pobres sin percepción de honorarios, atemperándose, según los casos, a las leyes comunes y castrenses (Arts. 15 y 16).

El ingreso en el Cuerpo se efectuará por oposición en plaza de Auxiliar (Teniente), no pudiendo concurrir más que los Doctores o Licenciados en Derecho (Art. 23).

Un extenso articulado regula los destinos, los servicios de campaña, las recompensas, la jurisdicción disciplinaria, los recursos de apelación y súplica contra decisiones sancionadoras, las interinidades (a cargo de Abogados civiles de confianza), la formación de hojas de servicio y conceptuaciones ("con la más severa imparcialidad") y el régimen de subalternos y dependientes y asignaciones para material (arts. 72 a 100).

Finalmente, los arts. 101 a 104 regulan la uniformidad, tanto de diario y campaña como de gala y los bastones y placas que pueden usar los miembros del Cuerpo, con sujeción a diferencias derivadas de las distintas categorías. De paisano, puede llevarse el bastón y, si se viste de frac, puede usarse la placa (dorada o plateada según el empleo).

E) Real Decreto de 12 de abril de 1879.- Reinado de Alfonso XII. Ministro de la Guerra, General don Arsenio Martínez Campos. Aprueba el Reglamento de Consejo Supremo de Guerra y regula el funcionamiento de la Fiscalía Togada (a cargo del Cuerpo Jurídico) junto a la Fiscalía Militar

F) Ley y Reglamento de los Servicios de Campaña de 5 de Enero de 1882. Reinado de Alfonso XII. Ministro de la Guerra, General Martínez Campos. El artº 10 del Reglamento dispone la presencia de un Auditor General en la composición de un Cuartel General en campaña. Y el 110 señala como funciones del Auditor General las de asesoramiento, emisión de dictámenes, funcionamiento de Tribunales militares y registro de negocios.

G) Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra de 10 de Marzo de 1884. Reinado de Alfonso XII. Ministro de Guerra, General Quesada, Marqués de Miravalles.- El Título V, bajo el epígrafe "De los Audi-

tores y Asesores" comprende los artículos 58 al 62 ambos inclusive, disponiendo la presencia de miembros del Cuerpo Jurídico en los cuarteles generales de Ejércitos en campaña, en los Cuerpos de Ejército, en las Capitanías y Comandancias generales, a los efectos de asesoramiento y administración de justicia. Y el Título VI, referente al Consejo Supremo, prevé la concurrencia de Consejeros Togados y de Fiscales Togados.

H) El Código de Justicia Militar de 27 de Septiembre de 1890. Regencia de Doña María-Cristina de Habsburgo-Lorena. Ministro de la Guerra, General D. Marcelo de Azcárraga y Palmero. Este Cuerpo legal castrense fue la refundición de la Ley citada en el apartado anterior, del Código Penal del Ejército de 1884 y de la ley de Enjuiciamiento Militar de 1886. Sus artículos 38, 39 y 40 se refieren a las funciones esenciales de los Auditores.

I) Real Decreto de 19 de Marzo de 1919, consecuencia de la Base 12ª de la ley de Reformas militares de 29 de Junio de 1918.- Reinado de Alfonso XIII. Ministro refundante: D. Juan de la Cierva y Peñafiel, introducción del vocal Ponente en los Consejos de Guerra (Hasta entonces los miembros del Cuerpo Jurídico actuaban de asesores de los Tribunales, sin intervención en la decisión. Desde entonces, su presencia resultaba obligada, confiándose al Ponente la redacción de la sentencia).

J) Decreto de 11 de Mayo de 1931. Segunda República. Gobierno Provisional. Ministro de la Guerra, D. Manuel Azaña Díaz. Esta disposición convirtió a los Auditores de las diversas demarcaciones castrenses en autoridades judiciales militares. Quedaron separados Mando y Jurisdicción. Y se asignaron al Auditor las siguientes funciones:

Designación de Jueces instructores.

Sostenimiento de cuestiones de competencia.

Llevanza de turnos para la composición de los Consejos de Guerra.

Interposición en su caso de recursos de apelación y casación ante la Sala Militar del Tribunal Supremo (sustitutoria del extinguido Consejo Supremo de Guerra y Marina).

Inhibición a favor de la jurisdicción ordinaria si no estimaba de carácter castrense el hecho motivador del procedimiento.

Ejercicio de la jurisdicción disciplinaria de carácter judicial.

Funciones relativas a indulto, invalidación de notas desfavorables, libertad y condena condicionales, reclamación de deudas en campaña y visita de cárceles.

En cuanto al Ministerio Fiscal, se dispuso que sería siempre de carácter



jurídico-militar y que el personal encargado de su funcionamiento dependería del Fiscal General del Tribunal Supremo.

Tras la guerra interna 1939-39, la concentración de Mando y Jurisdicción en la Autoridad Militar volvió a estar vigente (Ley de 12 julio de 1940, restablecedora del Código de Justicia Militar en la redacción anterior al Decreto de 11 de mayo de 1931).

Ha habido luego, las hay ahora, diversas innovaciones y reformas. Pero ya no es historia. La Historia se aleja o es todavía tan reciente que se resiste a la formulación de un juicio propiamente histórico. Y estas líneas han tratado de configurar, sintéticamente, la evolución histórica de un Cuerpo de reciente creación (un siglo y treinta y seis años no son nada en la Historia...) que adquirió carácter íntegramente militar en 1874 (es decir, hace justamente ciento catorce años) y que no aceptó la disposición transitoria primera de la Ley de 12 de septiembre de 1932, que trataba de convertirlo en Cuerpo civil al servicio de la Milicia, no provisto de cualidad castrense, sino equiparado en categorías y emolumentos a la Carrera Judicial. Aunque, desde el punto de vista económico, la pretendida reforma (subordinada a ulterior reglamento que no llegó a dictarse) era ventajosa para los Auditores, éstos prefirieron seguir siendo militares, disfrutar del honor de vestir uniforme y de ceñir espada, Como gesto sin duda romántico (prevalencia de los valores espirituales sobre los imperativos crematísticos), merece ser resaltado como uno de los más brillantes aspectos históricos de un Cuerpo hoy refundido con otros de parejos cometidos. Por último, debe señalarse que la ley de 26 de Julio de 1935, promulgada por iniciativa del entonces Ministro de la Guerra, Don José-María Gil-Robles y Quiñones, reafirmó el carácter militar del Cuerpo Jurídico, felizmente mantenido en la actualidad.

## “LA IGUALDAD, LA MUJER Y LOS EJERCITOS”

Luis B. ALVAREZ ROLDÁN (\*)  
Coronel Auditor

*“La participación de la mujer en el Ejército, y su derecho a entrar en combate, es la última frontera en la igualdad de derechos.” (1)*

*¿Igualdad con el hombre?*

La mujer, en su función de madre y ama de casa, merece toda alabanza; por lo necesario y evidente, está fuera de toda discusión, pero: ¿se agota aquí la personalidad de la mujer? En modo alguno.

Ella, primordial y esencialmente madre y ama de casa, además ha de desarrollar todas las múltiples y sensacionales facetas de su personalidad.

A pesar de los evidentes, y más aún recientemente, avances de nuestra mentalidad, “la realidad” — leemos a CASTILLA DEL PINO (2) “es que la función primordial (de la mujer) —cuidando de la prole y del hogar— sigue componiendo su función específica e imponiéndose por toda suerte de condicionamientos sociales”.

Cierto es que “el nivel de cultura en la mujer española sigue siendo muy inferior al del hombre, —como reconoce MARIA CAMPO ALANGE (3). El número de analfabetas es el doble que el de analfabetos, según el “Libro Blanco de la Educación” (4).

(\*) El autor insiste en precisar que este trabajo se efectuó hace años; evidentemente, con las actualizaciones precisas, efectuadas en primavera de 1989.

(1) Tobe Levin, profesora de la Universidad de Maryland. “Las mujeres y el Ejército”. *El País*, viernes 26-07-85 (pág. 22).

(2) Castilla del Pino, Carlos. “La “función” de la mujer”. *Triunfo*, extra, núm. 439, 31-10-70 (pág. 27).

(3) Campo Alange, María, condesa de, “Evolución Social de la mujer”. *Triunfo*, núm. citado (pág. 23).

(4) El 38% de hombres y el 76% de mujeres. “La enseñanza en España”. Ministerio de Educación y Ciencia, 1969 (pág. 125).

Toda una literatura científica o pseudocientífica —nos dice MARAÑÓN (5)— “se esforzó, al finalizar el siglo pasado y comenzar el actual, en hacer un dogma de la inferioridad mental de la mujer”.

Así, el antifeminismo arguye (6) que el volumen medio del cerebro de la mujer europea es 220 cm<sup>3</sup> inferior al del hombre, lo que significa la eterna inferioridad mental de la mujer. El peso del cerebro de la mujer es inferior al del hombre en 300 ó 400 gramos.

Los feministas replican que tales diferencias son consecuencia de las diversidades de tamaño o envergadura, y de peso, proporcionalmente inferiores en la mujer.

La actividad intelectual de todos los mamíferos es mayor cuanto más desenvueltas están las circunvoluciones del cerebro, y la mujer las tiene menos desarrolladas; pero éste debe guardar relación fundamentalmente, con el tamaño y la calidad —no la cantidad— de las células nerviosas del cerebro. Además, y ello responde a una realidad histórica, la mujer al utilizar menos el cerebro, lo ha desarrollado menos, pero nada impide su evolución hoy, puesto que la inferioridad —si la hay— no es natural, sino debida a la tradicional falta de educación y alejamiento de las actividades intelectuales.

No debemos olvidar —nos recuerda POSADA— que “ni una sola de las funciones sociales atribuidas al hombre ha dejado de ser desempeñada por mujeres en alguna época de la Historia”. (7)

La medicina actual, en palabras de FERNANDEZ MARTINEZ (8), sientan el conocimiento de la “proverbial resistencia de la mujer ante el dolor en cualquiera de sus manifestaciones, ante el stress, ante las infecciones. El largo período de su actividad vital, su notable longevidad. En todo ello puede observarse, y deducir, igualan o aventajan sin duda alguna al sexo opuesto, el varón”.

Hoy se ven mujeres alcaldesas y directoras de empresas; también manejando el azadón en un huerto gallego, y el pico y la pala en una carretera o en un jardín público en Kiev.

Esta igualdad ha sido recogida por las legislaciones de diversos países — y en trámite de llegar a ser total y absoluta en el nuestro.

(5) Marañón, Gregorio. “Ensayos sobre la vida sexual”. Espasa Calpe. Madrid, 1951 (pág 66)..

(6) Datos tomados de Castan Tobeñas, José. “Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales”. Reus. Madrid, 1954 (págs. 12 y ss.).

(7) Posada. “El feminismo”. Madrid, 1884 (pág. 57).

(8) Fernández Martínez, José María, Teniente Coronel Médico del Aire. “La mujer y las Fuerzas Aéreas”. *Revista de Aeronáutica* núm. 539, noviembre 1985 (pág. 1127).

## *¿Igualdad en nuestras leyes?*

Ya hace casi tres cuartos de siglo, decía ADOLFO POSADA (9), que el supuesto fundamental del feminismo radical es “el que el hombre y la mujer, son a pesar del sexo, seres perfectamente iguales, en cuanto a la dignidad, valor moral, representación humana, y en cuanto a las disposiciones posibles de sus aptitudes personales, por lo que deben estar sometidos a un régimen jurídico idéntico, con integrales derechos a un mismo tratamiento educativo y a idénticas condiciones en lo tocante a la expansión de sus tendencias humanas. El sexo no debe implicar una vida económica, política, legal, moral, distinta, ni en lo relativo a exigencias sociales, ni en lo relativo a las obligaciones también sociales; ni puede determinar, salvo la relación de la maternidad, una situación social diversa, y menos aún, para el sexo femenino, una situación de inferioridad o de tutela respecto del sexo masculino. El hombre no tiene derecho a estimarse como núcleo y centro de la vida humana: nada hay en él que “a priori” le presente como más apto o más digno para el ejercicio de un poder de dirección y de mando...”

“En el Derecho castellano, especialmente en la familia de los Fueros de Cuenca, parece” —dice CASTAN (10)— “configurarse el poder paterno como una potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre, y hay antecedentes en el Derecho visigodo de esta forma de concebir la patria potestad.”

La absoluta libertad de la mujer —incluso de la mujer casada— es norma general en el tema de contratación y así se recoge en Las Partidas (11).

Con carácter excepcional y rompiendo la tradición patria, regulan por vez primera la autorización marital las Leyes de Toro, antecedente de la Ley del Matrimonio de 1870 y del vigente Código Civil (12).

Las ideas de la Leyes de Toro, la sociedad de la época, y el influjo de la codificación francesa, dieron a nuestro Código Civil un significado de retroceso, en materia de condición jurídica y derechos de la mujer, en contra de la tradición de nuestro solar patrio.

La reforma del Código Civil de 1958 (13) supuso un avance limitado en la situación jurídica de la mujer, incluso de la casada, pero no cabe hablar de

(9) Posada, Adolfo. *El Feminismo* (págs. 25 y ss) Citado por Castán; obra citada (págs. 71-72).

(10) Castán Tobeñas, José. *Los Derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Reus. Madrid, 1954 (pág. 153).

(11) Castán. obra citada (pág. 153).

(12) *Id.* (pág. 154).

(13) Ley de 24 de abril de 1958 de reforma parcial del Código Civil..

igualdad jurídica plena en la esfera civil, hasta la aplicación "jurisdiccional" (14) de la Constitución Española de 1978 y su desarrollo, fundamentalmente por las leyes 11/81 y 30/81.

Con carácter general, en el preámbulo de la Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer de 1961 (15), se razona la supresión de las restricciones y discriminaciones existentes por estar "basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado y que no se compaginan ni con la formación y capacidad de la mujer española ni con su promoción evidente a puestos y tareas de trabajo y responsabilidad."

En resumen, se sanciona legalmente una aplastante realidad, y se suprimen discriminaciones injustificables.

Racionalmente (16) no puede negarse a la mujer el derecho al trabajo. Hoy en España, tiene la mujer derecho al trabajo y tutelado ese derecho, como veremos más adelante.

### *¿Es conveniente el trabajo de la mujer?*

La respuesta depende más de las costumbres sociales que de cualquier otra reflexión, exclusión hecha de las necesidades económicas de la familia o sociedad, que siempre han predominado.

En un plano más elevado el factor determinante de esta conveniencia va a ser la inquietud, el espíritu, la cultura, de la propia mujer y de su pareja.

Los problemas de la maternidad, los peligros morales, y la pérdida de la femineidad, se alegan para pronunciarse en contra del trabajo de la mujer. Muchas veces, oculto o disfrazado, subyace el miedo a la competencia en la lucha profesional o en la consecución de un puesto de trabajo, a la independencia económica de la mujer.

La Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la mujer de 1961 (17), en su artículo 1º, reconoció a la mujer "los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley".

Tal Ley prohibió a la mujer ingresar en las Armas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, salvo en servicios especiales cuando excepcionalmente lo autorice la ley (artículo 3.2.a.); en los Institutos Arma-

(14) La interpretación por los Tribunales de los principios de la C.E. en contra del tenor literal de la legislación vigente.

(15) Ley núm. 56/1961, de 22 de julio; en vigor, sin efecto retroactivo, desde 01-01-62.

(16) Andre de Maday. *Les droits des femmes au travail*. Paris. Giard et Briere, 1907.

(17) Ley 56/61 ya citada.

dos, y en otros que impliquen normalmente la utilización de armas, para el desempeño de sus funciones (artículo 3.2. b.).

Además de por razones de defensa nacional, directa o indirecta, —supuestos precedentes—, se excluyó a la mujer del acceso a los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las Jurisdicciones Tutelares de Menores y Laboral. Tal injustificada discriminación fue suprimida por la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, propuesta por la Sección Femenina a las Cortes. El preámbulo de esta Ley justifica la prohibición anterior en base, no a la falta de capacidad o responsabilidad de la mujer, sino a una protección de sus sentimientos (vgr.: Levantar cadáveres). En 1966, cinco años después, la mujer española había perdido “sentimientos” o no quería tal protección.

### *¿Igualdad en los Ejércitos?*

La prohibición del ingreso de la mujer en los Ejércitos y en los Institutos Armados (18), reiterada en 1961, siguió casi hasta hoy, a pesar de que la Constitución Española proclamó la igualdad ante la ley y vetó la discriminación por razón del sexo (19), prescribiendo “el deber de trabajar” y reconociendo, correlativamente, “el derecho al trabajo” (20). Tal igualdad, sin discriminación, se extiende al “derecho y deber de defender a España” (21).

A pesar de que cincuenta y dos países suscribieron la Convención internacional “sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (22), sólo en 1984 es ratificado por España (23); no se excluye el ingreso de la mujer en las F.A.S., que no es desarrollado legislativamente en nuestro país, sino recientemente.

Los países de nuestro entorno, y específicamente los de la OTAN, tiene unidades militares en sus Ejércitos, generalmente no combatientes (24) y excepcionalmente combatientes (25).

“No es nuevo, ni impensable, que la mujer combata: ¡casco dorado de la doncella de Orleáns, conduciendo a las masas... diosa Cibeles, la de los leones, y de Artemisa, la cazadora, o Atenas, la diosa armada con casco militar y escudo, vigilante para proteger a la ciudad!” (26).

(18) Excepcionalmente, el Cuerpo Superior de Policía, la Policía Nacional y la Guardia Civil admitió mujeres, incluso con armas.

(19) C.E., artículo 14.

(20) C.E., artículo 35.

(21) C.E. artículo 30.

(22) Hecho en Nueva York, el 18-12-79.

(23) *B.O.E.*, núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

(24) Canadá, Dinamarca, Francia, Holanda, Noruega, Bélgica, Turquía, y Reino Unido.

(25) Al parecer: Israel, Suecia, Reino Unido, Cuba y países en confrontaciones bélicas.

(26) Ortíz, Lourdes. “Nueva doncella de Orleáns”. *El País*, viernes 24-04-87 (pág. 11).

Nuestra Historia nos remite a la española combatiente, desde la Guerra de la Independencia hasta nuestra Guerra Civil.

Las dos Guerras Mundiales están llenas de ejemplos, así como las "guerrillas de liberación nacional".

Nos lo aclara LOPEZ CASTILLO (27): "No en un rasgo supremo de sacrificio y sublimidad, sino en el firme tesón del continuo bregar (demostró la mujer) que podía suplir al hombre en todas las actividades: movió con hoscos guantes en sus bellas manos las gigantescas maquinarias; labró la tierra y recogió su fruto; dirigió con maestría y obedeció con diligencia de hormiga laboriosa; y aún en la misma trinchera, bajo el fragor de la cortina de acero, curó dulce y cariñosa la herida desbordante; y, llegado el momento, manejó decidida el rifle y la ametralladora."

No se trata, hoy, de unas circunstancias excepcionales, en las que la mujer haga una labor "excepcional", por lo contrario "en una sociedad donde el "factor muscular" es una reliquia, y en donde la intuición, la inteligencia, la capacidad de superar grandes choques, tanto psíquicos como físicos, son estrictamente valorados" —nos dice el doctor FERNANDEZ MARTINEZ (28)—, no es extraño que se empuje a considerar y justipreciar a un ser (la mujer) dotado de tales cualidades. Cualidades que por otra parte siempre han estado ahí, a nuestro lado."

Rechazamos tajantemente que sean los militares quienes se oponen al ingreso de la mujer en los Ejércitos; años ha, los Estados Mayores de los tres Ejércitos informaron favorablemente, con reticencias y trabas para las "unidades combatientes", según trascendió a la prensa (29).

La joven que deseaba ser piloto militar (30) y la aspirante al Cuerpo de Farmacia del Aire (31) tienen pleno derecho a competir en igualdad de condiciones con el varón por ingresar en un cuerpo funcionarial.

Los Tribunales establecieron que: "... la exclusión de la participación de la mujer... no se entiende justificada para este caso concreto ..., ni se ajusta a la realidad social del tiempo en que vivimos... tal diferencia de trato tiene carácter discriminatorio... y... vulnera... el artículo 14 de la Constitución, por lo que incide en nulidad la exigencia de ser varón para ingresar en el Cuerpo de Farmacia del Aire" (32).

(27) López Castillo. "Capacidad civil de la mujer casada". *Habana cultural*. 1930 (pág. 11).

(28) Fernández Martínez, José María, Teniente Coronel Médico del Aire. *Rev. de Aeronáutica y Astronáutica* núm. 539, noviembre 1985.

(29) Tras la promulgación de la Constitución y firma de los Pactos de la Moncloa.

(30) Prensa diaria.

(31) Sentencia de la Audiencia Nacional, sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, fecha 08-06-87; en recurso 312.361.

(32) Véase Sentencia citada en nota precedente. Fue dictada por la totalidad de los Magistrados

Como apuntábamos precedentemente la Constitución ampara el derecho a la no discriminación de la mujer, exista o no desarrollo legal de la C.E., ya que debe aplicarse directamente derogando normas contrarias a sus principios (33).

La aludida Sentencia sienta un principio básico: "... el carácter militar de la función no determina por sí mismo la exclusión de la mujer" (34). Tal aserto jurídico ha de ser compaginado con el de "no discriminación por el sexo en igualdad de condiciones jurídicas" (35).

De ahí que afirmemos rotundamente que hoy la mujer española tiene pleno derecho a ingresar en todos los Cuerpos de las Fuerzas Armadas, incluso en las "unidades combatientes".

La realidad social, la aplicación judicial de la leyes conforme a la Constitución se impone. En proyecto desde los Pactos de la Moncloa, "el Gobierno dice que pronto se aprobará una ley sobre la mujer en los Ejércitos" (36); así coetáneamente: "Luis Roldán anuncia la incorporación de mujeres a la Guardia Civil." (37).

El X Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra dedicó, bajo la rúbrica genérica de "Las Fuerzas Armadas en una sociedad en evolución" (38), importantes aportaciones a la intervención de la mujer en los Ejércitos, como los de la General de Brigada María A. Marsch y la Capitán Gwendolyne D. Fayne (39), quienes aseveran que la historia de EE.UU. está "repleta de ejemplos de mujeres que exigieron ser llamadas para defender a su nación... desde 1776..." (40); igual en España (Agustina de Aragón, María Pita, etc...) y en el mundo (Juana de Arco, etc...)

Todo el mundo, así llamado civilizado, admite a la mujer en sus Fuerzas Armadas, incluso sin "restricciones para combatir" como en Bélgica, Holanda y Noruega (41).

de lo Contencioso de la Audiencia Nacional por anular una Orden Ministerial que convocó concurso-oposición para el ingreso de dicho Cuerpo de Farmacia.

(33) Sentencias del Tribunal Constitucional; entre otras las de 20-12-82; 14-02-83; 21-07-83; etc...

(34) Sentencia citada en nota 31: Fundamento de Derecho Tercero.

(35) Tribunal Constitucional. Sentencia 14-02-83 y otras

(36) De la prensa diaria; vgr.: *El País*. 19-03-87 (pág. 19).

(37) De la prensa diaria; vgr.: *El País*. 23-08-87 (pág. 10)

(38) *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*. Palacio de Justicia. Bruselas, 1986. Tomo XXV.

(39) Revista citada: "The Armed Forces in a changing society, history, roles and problems concerning Women in the Armed Forces", by Mary A. Marsh. Brigadier General U.S.A Air Force (U.S.A.).

(40) Revista citada y obra citada en nota precedente (pág. 112) "American history is replete With examples of Women who answered the call of defend their nations. Molly Pitcher is the most legendary..."

(41) Idcm. (pág. 119).



En efecto, tiene mujeres en sus FAS., en "servicio militar voluntario"; Bélgica, Brasil, Alemania, Israel, Noruega, Holanda, Suiza, Suecia, Francia, U.S.A., Polonia, Reino Unido, Turquía, Zaire, etc... El "servicio militar" es obligatorio en Israel, al menos (42).

En general, el Congreso de la Sociedad Internacional del Derecho Militar se pronunció a favor del derecho de la mujer a servir en las Fuerzas Armadas en todo puesto no combatiente y en igualdad con el hombre, y en la utilidad de la mujer en combate y en el servicio militar obligatorio (43), no sin cuestionar, en las dos últimas facetas, las distinciones entre paz y guerra, unidades mixtas o separadas, exclusión o no del empleo de armas, carácter obligatorio o sólo voluntario, con igualdad o diferencia respecto al varón, etc. (44).

### *¿Igualdad en las obligaciones?*

El desarrollo de la personalidad de la mujer, y el respeto a su dignidad como persona humana, prescriben una total igualdad o equiparación con el hombre. La legislación no sólo debe cuidar que sus normas reflejen el consenso social mayoritario, sino también impulsar el cambio hacia una sociedad más justa.

Es indiscutible que la igualdad jurídica consiste no tanto en la igualdad absoluta, para todos, sino como magistralmente expuso CASTAN TOBEÑAS en "tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales." (45).

En efecto, creo recordar que fue ORTEGA Y GASSET quien escribió: "Quien se irrita al ver tratados desigualmente a los iguales, y no se inmuta al ver tratados igualmente a los desiguales, no es demócrata, es plebeyo."

Entiendo se exijan los derechos—todos—del hombre y la mujer, en plano de absoluta igualdad, pero también los deberes correspondientes.

Así, correlativamente al derecho de la mujer a ingresar en los Ejércitos, el deber de defender a España.

El imperativo constitucional del derecho y el deber de defender a España (46) se recoge en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional (47), y se desarrolla

(42) Idem. (Pág. 152-153)

(43) Véase nota 38, en general.

(44) Lamentablemente, en el referido Congreso al que acudieron múltiples representantes de 28 países distintos, sólo estuvo, a título particular, un español (Casado, Pablo (pág. 574) *Revue...* ya citada) aunque en el capítulo bibliográfico aparecen dos españoles (Millán Garrido, Rodríguez Devesa), y un italiano. Idem. (pág. 571 y ss.)

(45) Castán, José. Obra citada (pág. 84).

(46) C.E. artículo 30.

(47) L.O. 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

básicamente en la Ley del Servicio Militar (48), y su Reglamento (49), junto con las excepciones referentes a la "objección de conciencia" (50) y peculiaridades o especialidades de prestación del servicio militar (51).

El principio de igualdad ante la Ley, y su especificación en la no discriminación por razón de sexo (52), no se plasma en el "servicio militar obligatorio" respecto a la mujer española.

### *La total igualdad*

"El camino que lleva a la igualdad de los sexos encontrará en los ejércitos obstáculos de difícil superación" —constata ALBERTO PIRIS (53)—, lo que hace más meritorio la audacia en conseguirlo.

Aun así, es preciso apostar por una solución positiva, como hace FRANCISCO ALVIRA (54), al asegurar que "si la filosofía de la incorporación, independientemente de los tiempos reales fijados para la misma, no se basa en la incorporación plena, sin límites, sin exceso de prerrogativas, la mujer participará en las FAS de un modo anecdótico, pintoresco y exótico".

Con el retraso consiguiente (55), se produce la "irresistible incorporación de la mujer al Ejército" (56) —aún con voces en contra (57)— por el excepcional instrumento legal del Decreto-Ley (58), que regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. Como literalmente expresa su Preámbulo se pretende remover los obstáculos que se oponen a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad, y ello —en conciencia no puede silenciarse— tras más de diez años de la vigencia de la Constitución Española actual.

"Se tolera" —según PILAR SALARRULLANA (59)— el ingreso de la

(48) Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar.

(49) Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo.

(50) Ley 48/1984, de 26 de diciembre.

(51) Clérigos, mineros, Cruz Roja, etc.... Véase "Legislación de servicio militar y objeción de conciencia" Millán Garrido, A. Tecnos. Madrid, 1987.

(52) C.E., artículo 14.

(53) Apuntes sociológicos sobre las Fuerzas Armadas. MUJERES y SOLDADOS. Piris, Alberto. General de Brigada de Artillería. De *El País*, 26-06-89 (pág. 22).

(54) La mujer y el Ejército. Alvira, Francisco. *Revista Española de Defensa*. Abril 1989 (pág. 25).

(55) "España es el último lugar del área mediterránea que aún no ha integrado efectivos femeninos dentro de su Ejército". De "Mujeres en Armas". *El País*, 10-11-88 (pág. 7).

(56) "Cambio 16" nº 855 de 14-08-86 (pág. 8)

(57) "Diario-16", 27-10-88 (pág. 13) "Mujeres Militares" de Santiago Perinat.

(58) Real Decreto-Ley 1/1988 de 22 de febrero *B.O.E.* núm. 46, de 23-02-88. Convalidado por Resolución de 10 de marzo de 1988. *B.O.E.* núm. 74, de 26-03-88.

(59) "Cambio 16", núm. 855, de 18-04-88 (pág. 8)

mujer en las FAS en cuerpos especiales y para ser Guardia Civil, criticando la confusión entre la profesión militar y el servicio militar.

La incorporación no es plena, sino parcial, al excluirse en el Real Decreto-Ley 1/88 las armas combatientes, y anunciando la propia norma legal su futura regulación, que se efectúa posteriormente.

La Orden Ministerial sobre normas, programas, requisitos y pruebas, para el ingreso en las Academias Generales de los tres Ejércitos, al inicio de 1989, (60), no prevé la concurrencia de mujeres, lo que se efectúa al determinarse la provisión de plazas para la ingreso en al profesión militar en ese año (61) mediante acuerdo del Consejo de Ministros, e invocando la previsión contenida en el Real Decreto-Ley 1/1988 (62); de ahí que seguidamente se modifiquen el cuadro médico de exclusiones y las marcas en pruebas de aptitud física (63).

Disposiciones legales suficientes, pero de rango inferior al deseable, logran la plena incorporación de la mujer a los Ejércitos, pero sólo en la "faceta laboral".

La igualdad ante la Ley, lograda la igualdad de derecho, exige la igualdad de obligaciones, pendientes aún del desarrollo legislativo previsto en la vigente Ley del Servicio Militar.

## CONCLUSION

Parece oportuno esperar a que existan "cuadros militares femeninos" para hacer realidad la absoluta igualdad, en el compromiso de todos en la defensa de España,—en el servicio militar (o social) obligatorio (o... voluntario)—, pero... confiamos en un próximo futuro con absoluta igualdad ante la Ley.

Si a la mujer le asiste el pleno derecho a ingresar en las FAS, también la obligación de servir a la Patria con plena equiparación al varón.

¡Bienvenida, así, mujer, a tus Ejércitos!

(60) Orden 82/1988, de 29 de diciembre (*B.O.E.* núm. 8, de 10 de enero de 1989).

(61) Orden de 27 de febrero de 1989 (*B.O.E.* núm. 51, de 1 de marzo de 1989).

(62) *Idem.* nota anterior. "Quinto.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Real Decreto Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, en que otorga al gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, la facultad de determinar el orden progresivo de integración, las plazas de acceso expresadas en los puntos primero y segundo de la presente provisión, se convocarán sin distinción de sexo en todos los Cuerpos y Escalas".

(63) Orden 16/1989, de 28 de febrero (*B.O.E.* núm. 52, de 2 de marzo de 1989).

## DON MANUEL MONTESINOS MOLINA, CORONEL DE CABALLERIA, PRECURSOR DE LA NUEVA PENOLOGIA

José María BUENO CASTELLOTE

*Licenciado en Derecho,  
Jefe de Centro del Establecimiento Penitenciario de Ibiza.*

*"La Penitenciaría sólo recibe al hombre, el delito queda a la puerta" (1)*

### I. MONTESINOS: UN MILITAR.

Manuel Montesinos Molina, nacido en San Roque, campo de Gibraltar, en 1792 (2), ha sido uno de los más grandes reformadores del sistema penitenciario español y, su nombre se cita junto con el de Maconochie, Crofton o Concepción Arenal. Si bien Montesinos ha pasado a la historia como humanista y penitenciarista es universalmente conocido con el empleo que alcanzó, el de Coronel.

Como militar, su espíritu castrense, su patriotismo y su voluntariedad para aquellas misiones difíciles, en modo alguno fueron justamente recompensadas. Antes de cumplir la edad establecida, no se sabe bien si mediante la falsificación de un documento o como consecuencia de su influencia familiar en los círculos castrenses, se alistó voluntario en la guarnición del Campo de Gibraltar, mandada por el Teniente General don Francisco Javier Castaños. El 12 de junio de 1808, Manuel Montesinos se presentó con su caballo para luchar contra los franceses. Poco más de un mes desde que vistiera su uniforme cayó herido en la batalla de Bailén, siendo ascendido a Cabo segundo mientras convalecía en el hospital.

(1) Esta máxima podía leerse a la entrada del Presidio de San Agustín de Valencia desde que Montesinos lo dirigió.

(2) Existen dudas acerca de la fecha. Véase "la fecha de nacimiento de Montesinos", por Francisco Bueno Arús. *Revista de Estudios Penitenciarios*, número 159. Diciembre de 1962. Dirección General de Prisiones, Madrid.

En agosto del mismo año, el cabo Montesinos, al mando de 40 jinetes, fue sorprendido en Zaragoza por el enemigo, consiguiendo salir de la escaramuza con tan sólo cuatro hombres vivos. Durante la batalla que mantuvieron el Mariscal Mencey y Palafox en el sitio de Zaragoza, nuestro protagonista recibió su segunda herida de guerra, quedando prisionero de los franceses. No aceptando su libertad a cambio de pasar a prestar servicios para el Rey José I, impuesto a los españoles por Napoleón, fue conducido al presidio de Clermont-Ferrand. Sus años de cautiverio le sirvieron para conocer a la perfección el idioma vecino, aunque muy pronto aprovechó la ocasión para fugarse. Arrestado en Carcassone, fue condenado a muerte e indultado, gracias a sus corta edad.

Tras firmarse la paz con Francia y regresar Fernando VII, el 5 de junio de 1814 obtuvo su libertad don Manuel. Incorporado al Regimiento de Caballería Coraceros, de Barcelona, fue nombrado Sargento 2º y en agosto de 1816 Cabo 1º, siendo destinado a la guarnición de Andalucía. A los once años de prestar servicios en el Ejército, fue nombrado Sargento 1º y, tras diversos destinos en el Consejo Supremo de Guerra, pasó al Ministerio de la Guerra de Madrid. Ya en estas fechas, Montesinos gozaba de la confianza de todos aquellos para los que había servido, como así lo evidencia el que se le encargara la conducción a Sevilla de la documentación secreta que instruya acerca del viaje a Sevilla de Fernando VII, maniobra ésta ordenada por el Gobierno, para evitar que de nuevo cayese el monarca en manos francesas. En todo el proceso que acarrearon las Cortes de Cádiz, Montesinos fue el correo oficial de Gobierno, siempre fiel a la Constitución. Sitiado Cádiz, el sargento Montesinos resistió heroicamente hasta que cayó preso. Fugado, fue nuevamente detenido y expatriado a Gibraltar, donde bajo el mando del Coronel Valdés intentó conquistar Tarifa, debiendo huir a Tánger tras su derrota.

En la hoja de servicios de Montesinos aparece "subsistió emigrado", durante los tres años que tardó en regresar a España, no descartándose que hubiere podido emigrar a Hispanoamérica. En 1827, consecuencia de una política más benigna del Monarca, Montesinos regresó a Valencia, solicitando amparo a su tío el Brigadier don Manuel Montesinos, Gobernador del castillo de Sagunto. Por aquel entonces existían tres tipos de militares, los "puros", "impuros" y "purificados", categorías éstas: de las que no se escapaba ninguno por muy alta que fuera su jerarquía. Montesinos vio denegada por primera vez su solicitud de regresar al Ejército, aceptando su purificación el 21 de junio de 1827, siendo ascendido a Alférez, con su antigüedad de 1825. No sintiéndose a gusto en el Ejército, el flamante oficial solicitó,

unos meses más tarde, su retiro voluntario.

El 5 de junio 1832 fue nombrado para el importante cargo de "pagador del Presidio de la Ciudad de Valencia", ocupando dos años más tarde el de Comandante del Presidio de las Torres de Cuarte, puesto éste de extrema responsabilidad y prestigio.

Muerto Fernando VII, se inició la guerra civil, alistándose voluntario, como era costumbre en él. Rápidamente ascendió a Capitán y más tarde a Comandante. En ese empleo obtuvo la preciada Cruz de San Fernando como reconocimiento a su valor en la batalla de Chiva, bajo el mando del General Palarea. De nuevo Montesinos preso, esta vez de los carlistas, consiguió escapar salvando así su vida y la de sus hombres en Pla del Pou. Ascendido a Teniente Coronel y Coronel con carácter honorífico, finalizó su carrera militar, digna de un soldado español, valiente y anónimo, como tantos otros.

## II. MONTESINOS: REFORMADOR DE LAS PRISIONES.

Es posible que sus repetidas estancias en distintos presidios de guerra influyesen en la trayectoria humanista que marcó la vida del Coronel tras abandonar el Ejército. Lo que parece demostrado es que sus conocimientos acerca de la teoría penitenciaria fueron fruto de su carrera profesional y no de un estudio previo. Su principal aportación a la teoría de la pena es la introducción de la libertad condicional. Institución ésta que supone disfrutar la última parte de la condena fuera de la prisión, en un régimen de vida libre. Así, en 1835, introduce en el Presidio de Valencia la posibilidad de reducir en una tercera parte la condena a todos aquellos reclusos que observen buena conducta (3).

Montesinos vivió una época de diversos planteamientos penitenciarios en todo el mundo. De repente y, como consecuencia de la obra de pioneros como Beccaria o John Howard (4), se empieza a tomar conciencia de que en las prisiones hay hombres y se intenta buscar formas de encarcelamiento nuevas que contribuyan a la dignificación de la vida de los privados de libertad.

Los sistemas penitenciarios más célebres eran el pensilvánico (de aislamiento absoluto, nocturno y diurno), el de Auburn (durante el día vida en

(3) En la actualidad la libertad condicional es el cuarto grado del tratamiento penitenciario, se disfruta en libertad, y abarca el último cuarto de la condena, independientemente de otros beneficios penitenciarios, tales como la redención de penas por el trabajo, indultos, etc.

(4) John Howard, "The State of the Prisons in England and Wales" London, 1777; Beccaria, C. *De los delitos y penas*. Edt. Aguilar. Madrid, 1969.

común en silencio y aislamiento nocturno) y el de Elmira (educación correctiva de los jóvenes, régimen de sentencia indeterminada, aislamiento nocturno y vida normal diurna) (5). En Europa triunfó el sistema pensilvánico, también llamado filadélfico, mientras que en los Estados Unidos se impuso el aurburniano.

Tras poner en funcionamiento dos de los sistemas, con el fin de experimentar antes de tomar determinación alguna, Montesinos escribió respecto al sistema celular: "Además de que sólo satisface una de las condiciones de toda pena, cual es la mortificación del penado, ataca por otra parte el objeto más esencial de ellas. Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable, y todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impedirá su mejoramiento, por esto las penas lejos de combatir deben favorecer este principio, y desterrar la incomunicación absoluta, germen por otro lado el más fecundo de desmoralización, y cuyo necesario término será siempre la locura o el suicidio, especialmente en los países meridionales" (6).

Aquí acertó plenamente Montesinos con sus críticas, pues años más tarde el sistema celular desapareció con carácter general y hoy apenas existe, salvo como sanción y siempre con la posibilidad de disfrutar de paseos al aire libre.

Era común en España el enviar a los condenados a trabajos forzosos. A ellos se deben obras como el Puerto de Pajares, el Canal de Isabel II, el Canal de Urgel, obras de fortificación en Jaca, Melilla y Ceuta, entre otras. También se les enviaba a presidios-arsenales, La Carraca, Cartagena, Cádiz o El Ferrol, donde construían embarcaciones que en algunos casos se convertían en prisiones flotantes (7). El trabajo de los penados cumplía una doble finalidad, de una parte se aprovechaba su esfuerzo en obras nacionales, de otra se infligía a los presos un sufrimiento en expiación de sus delitos. Así, en Inglaterra existía la llamada "tread mill", consistente en un molino o rueda sin fin que no molía nada, pero no cesaba de dar vueltas.

De entre las primeras experiencias "modernas" destaca, y no sólo desde un punto de vista criminológico, la del Coronel Montesinos en el Presidio de San Agustín, de Valencia (8).

(5) García Valdés, C. *Teoría de la pena*, Edit. Tecnos, Ciencias Jurídicas. Madrid, 1985. pág. 85 y ss.

(6) "Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia". Manuel Montesinos Molina. Imprenta del Presidio. Valencia, 1846. Véase copia mecanografiada en el n° 159 de la *Revista de Estudios Penitenciarios*. 1962. D.G.P. Ministerio de Justicia.

(7) Véase Derecho Penitenciario Militar. García Valdés, C. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1986.

(8) Véase "Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad", José L. de la Cuesta Arzamendi. "Lecciones de Derecho Penitenciario". Primeras jornadas de Derecho Penitenciario Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 1985. pág. 97.

En la actualidad el trabajo penitenciario no es un elemento más del tratamiento, sino un medio fundamental e imprescindible para conseguir los fines previstos en las penas privativas de libertad. Con un siglo de anticipación don Manuel Montesinos creó talleres con el fin de enseñar a los reclusos una profesión digna de la que vivir a su salida en libertad, siendo consciente "que jamás un establecimiento presidial debe equipararse a una empresa de comercio, ni administrarse por los mismos principios que ésta, porque el término de ambos es diferente. El acrecentamiento de fondos es el objeto de la segunda y el designio esencial del primero deber ser siempre la enseñanza y moralización de los individuos" (9).

Sin los fondos necesarios para comprar maquinaria, Montesinos fue haciéndose poco a poco con los elementos precisos para montar diversidad de industrias dentro del penal. Pero pronto comprobó que sin el más mínimo afán de lucro, el preso carecía de interés para el trabajo y optó por introducir la remuneración a los presos, mientras que en el resto del mundo se les hacía trabajar en cometidos desgastadores e inútiles. Así "los maestros de taller perciben íntegra y sin descuento alguno la parte que les corresponda de lo que ellos trabajen, y además dos reales diarios por cada oficial de lo que éstos recibían en mano; pero en el obrador donde hay un segundo que le auxilie, goza éste la tercera parte de dicha retribución, en recompensa justa de lo que descansa al primero. Cuanto ganan los penados se divide en cuatro partes iguales, de las que dos ingresan en el fondo económico, una se les entrega en mano, y la restante pasa a la caja de ahorros, para que al cumplimiento de sus condenas los unos tenga con qué trasladarse al punto que elijan para su residencia y los otros medios para establecerse" (10).

Si bien en un principio los reclusos repugnaban el trabajo, muy pronto se aficionaron a él, unos por el sueldo, otros por los beneficios que de él obtenían en cuanto a su vida penitenciaria se refería.

Durante la primera mitad del siglo pasado la disciplina en los presidios era de un rigor extraordinario, siendo los castigos muy duros y en algunos casos inhumanos. Mientras que en toda Europa y Estados Unidos las penas corporales suponían el eje nuclear del sistema disciplinario, en el Presidio de Valencia no se conocían desde que Montesinos lo gobernó. "En su mayor escala los castigos disciplinarios consisten en días de arresto en su dormitorio o calabozo, según la gravedad de la falta, pero nunca en penas aflictivas ni humillantes. Jamás se ha apelado a los palos para castigar una falta, porque

(9) Idem, cita 6.

(10) Véase Boix, Vicente, "Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia", Imprenta del Presidio, 1850.



basta el castigo indicado y otros, según genio y la educación del penado, para corregirle. Las varas que llevan los cabos, no son más que una señal de autoridad mandada por el reglamento" (11). Montesinos propugnaba la regulación positiva del régimen disciplinario de los penados, repugnando la discrecionalidad de los oficiales en la distribución de los castigos.

El Coronel Montesinos aplicó en España por primera vez uno de los pilares en que descansa la moderna penología: la clasificación de los reclusos. Se venían clasificando en Europa en función del sexo, edad, reincidencia, habitualidad en el delito, estado mental, delincuencia sexual, etc. Sin embargo, Montesinos no vio con buenos ojos aquellas clasificaciones, y en esto sí fue un auténtico precursor, pues consideró más conveniente mezclar a los buenos con los malos, para facilitar su reeducación. "El buen orden y la misma seguridad de los penados exige que la secciones o escuadras de cada brigada no puedan formar nunca una masa compacta por instintos iguales, ni por iguales circunstancias; y será por consiguiente de la mayor importancia y moralidad colocar junto a un operario de buena índole, de causa leve y conducta ejemplar, a otro de carácter feroz, rudeza de sentimientos o execrables antecedentes reclaman mucha vigilancia para corregirlo y mucho conocimiento para sondear su corazón. La separación no ha de hacerse por medios estrepitosos: ni el más perverso debe conocer el motivo de separarle de otro igual a él; ni el más honrado ha de penetrar que él va a servir de ejemplo a su nuevo operario" (12)

Los permisos de salida hoy son de todos conocidos. Cumplen varias funciones, de una parte ponen a prueba al recluso si se encuentra preparado para vencer las tentaciones de la vida en libertad, de otra satisfacen la ansiedad del presidio cuando determinadas vicisitudes familiares acontecen y, fundamentalmente, condicionan la buena conducta en prisión. Durante la primera mitad del pasado siglo esta institución era totalmente desconocida, excepto para Montesinos que, discrecionalmente los concedía. "Deje usted el uniforme, vístase de paisano, vaya a ver a su madre, acompáñela en su agonía, ciérrele los ojos y después de rendirle el último tributo, preséntese Ud. aquí" (13).

Es curioso que lo que modernamente se ha venido a llamar "prisión abierta", "tercer grado de tratamiento" o "régimen abierto" ya, de alguna manera existía en Valencia, donde más de 1.500 hombres permanecían en

(11) Idem.

(12) Boix, V. "Sistema Penitenciario del Presidio Correccional de Valencia". Pág. 103.

(13) "La organización del Presidio Correccional de Valencia. *Revista Penitenciaria*. Madrid, 1906, pág. 90.

prisión voluntariamente, a pesar de las pequeñísimas barreras físicas que separaban al recluso de la calle. Más curioso es que el mismo Montesinos hubiera sido un fuguista nato, evadido cinco veces de otros tantos presidios de guerra. "En este extremo, creo haber avanzado más que muchas penitenciarías de Europa, cuyo interior arreglo y sosiego se debía en gran parte o bien a la imponente seguridad material que su recinto ofrece, o a la fuerza pública que de su custodia está encargada; porque en el Presidio de Valencia, donde no hay un solo cerrojo que no pueda saltar el empuje de cualquiera de los confinados, donde su seguridad está encomendada a sus hábitos de subordinación y moralidad, jamás ha ocurrido el más leve disturbio ni amago de insubordinación, siendo tan pocas sus deserciones que ni mención merezcan" (14).

### III. IMPORTANCIA DE MONTESINOS EN LA REFORMA PENITENCIARIA DEL SIGLO XIX.

"Montesinos did not attempt to repeal the laws of Nature. He aimed to develop manhood, not crush it; to gain the will, not simply to coerce the body".  
Enoch c. Wines.

Desde finales del siglo XVIII y hasta mediados del XIX, el sistema celular se había impuesto en Europa y los Estados Unidos, como principio inspirador del régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Tan sólo cuatro hombres, contemporáneos y sin conexión alguna entre ellos pusieron en entredicho aquél sistema. Alexander Maconochie (1787-1860), George M. Von Obermayer (1789-1885), Manuel Montesinos (1796-1862) y Frédéric Auguste Demetz (1796-1873) fueron los precursores de un nuevo sistema de encarcelamiento que atendía más a criterios humanos que a planteamientos basados en la estricta seguridad penitenciaria.

De entre estos ilustres hombres, hoy estudiados, reconocidos y admirados, destacó especialmente don Manuel Montesinos. El Régimen implantado en el Presidio Correccional de Valencia, basado en la Ordenanza general de los presidios del Reino, de 14 de abril de 1834, era admirado por nacionales y extranjeros: "Los periódicos de estos últimos tiempos han dedicado con frecuencia sus artículos al elogio de este establecimiento; y son

(14) Reflexiones. Págs. 2 a 4.

varias las memorias que dentro y fuera de España se han publicado para dar a conocer su régimen admirable” (15). Una nota autobiográfica de Montesinos revela que “veinte y seis periódicos distintos, entre ellos tres extranjeros han insertado artículos acerca de mi sistema penal y trabajos en la reforma general de este ramo planteados en varios establecimientos del Reino elogiando mi método y comportamiento. Se han extraviado dos de Bélgica, la felicitación que me hizo el Director General de presidios de Holanda que en persona vino a conocer mi sistema penal, la de los inspectores de Prisiones de Francia e Inglaterra que por orden de sus respectivos Gobiernos y autorizados por el nuestro inspeccionaron también y la de los de Suiza. Todas éstas se me pidieron por la Dirección General para hacer y no me ha sido posible recuperarlas: la Memoria no tuvo efecto”.

La difusión exterior de la obra de Montesinos se debe, principalmente, a Hoskins y a un autor desconocido, miembro de la Embajada de Gran Bretaña en España, que publicó un libro titulado “Note of an Attaché in Spain in 1850”.

“Spain as it is”, de George Alexander Hoskins, de 1851, se compone de dos volúmenes. En el primero de ellos se hace un estudio del Presidio de Valencia (16), y podemos encontrar disertaciones tan interesantes como: “Si los vicios y pasiones de la gente del Sur no están en boga en un lugar en donde hasta hace pocos años no se había dispuesto de un gobierno fuerte, se debe a la reputación de la ciudad de Valencia, que puede enorgullecerse de poseer una de las prisiones mejor dirigidas de toda Europa. Siendo éste uno de los grandes problemas sociales del momento, hice preguntas específicas acerca de ella. Hay un millar de reclusos y en todo el establecimiento no vi más de tres o cuatro guardianes para mantener la disciplina. Dicen que solamente hay una docena de soldados viejos, las rejas y los cerrojos se podían romper con facilidad y presumiblemente su número no era mayor del que se podía encontrar en una casa particular. El Gobernador de la prisión, un Coronel del Ejército, ha establecido la organización militar, con los reclusos divididos en compañías; los oficiales se cuadrán cuando uno pasa como soldados presentando armas. Los Sargentos y Oficiales son todos reclusos, quienes por supuesto están familiarizados con el genio y la predisposición de los presos, a quienes manejan con suma habilidad; y la perspectiva de escalar mayores grados es un acicate para que todos se porten bien. Cuando el penado ingresa

(15) Vicente Boix, Sistema Penitenciario del Presidio Correccional de Valencia. Obra ya citada.

(16) G. A. Hoskins, Esq., Vol. I, London, Colburn and C<sup>o</sup> Publishers, 1851, pág. 105 y ss.

se le pregunta en qué oficio o empleo ha de desempeñarse o desea aprender. Alrededor de cuarenta se encuentran a su disposición, de manera que dispone de los medios de dedicarse a cualquier cosa que sepa, o si es ignorante de todo, a algo por lo que sienta inclinación o considere de utilidad para cuando recupere la libertad.

Muchos hombres pueden volver a sus pueblos natales con lo que han ganado aquí y por tanto saben qué oficio o empleo podría serles no solamente ventajoso sino tal vez una fuente de fortuna. Si rehúsa trabajar en algo se le envía a los trabajos públicos o se le emplea en el acarreo de maderas. Los penados que desempeñan fuera del establecimiento son los que peor se portan y hacen que se les maneje de modo distinto que a los otros, que al elegir un oficio han demostrado una tendencia a ser industriosos y a mejorarse a sí mismos.

Cuando los reclusos ingresan en el establecimiento por primera vez usan cadenas, pero según la manera de dirigirse al Comandante se las quitan, a menos que no hayan demostrado buen comportamiento. De entre cientos vi sólo tres o cuatro con grilletes en las piernas. Parecía haber la más completa disciplina: trabajaban en hileras, se ponían de pie en fila según pasábamos y parecían obedientes a la palabra. No se les permite hablar entre ellos mientras trabajan aunque esta regla no parece ser estrictamente aplicada. Pueden hablar a su maestro, que es uno de ellos mismos, y pedirse herramientas o cualquier otro elemento necesario para el trabajo. Todas las noches, después de rezar, tienen autorización para conversar durante una hora. Había tejedores e hiladores de cada clase, fabricando todas las calidades de tejido, desde la más rústicas prendas de lino hasta los más hermosos damascos, ricas sedas y terciopelos, uno carmesí aparentemente igual al terciopelo de Utrecht. Había herreros, zapateros, cesteros, sogueros, carpinteros de taller, ebanistas fabricando elegantes cómodas de caoba, como así también una máquina de imprenta en funcionamiento. La señora H. había comprado una pelota, con letras doradas, el nombre del niño y el del Presidio de Valencia.

Las tareas de cada especialidad, necesarias para el mantenimiento, refección y limpieza del establecimiento, están también a cargo de los mismos reclusos y ciertamente nunca ví un conjunto de delincuentes también parecido, con ocupaciones útiles que aparentemente mejoraban su talante, aunque había unos pocos que más bien prefería no encontrar entre los yermos de España. La mayor limpieza prevalecía por todos los lugares del establecimiento. Los dormitorios estaban tan ventilados, las camas prolijamente hechas y el agua —elemento imprescindible en un clima bochomoso— se encontraba al alcance de todos. Sobre las paredes había leyendas

rimadas, escritas con grandes caracteres. El mejor método para inculcar buenos principios. Había una capilla muy limpia para sus devociones y un jardín, para recreo con naranjos. También había un gallinero como pasatiempo, con faisanes y otras clase de aves; lavadero para las ropas y una cantina para comprar, si querían, tabaco y otras menudencias, con la cuarta parte del dinero recibido por su trabajo, y que se les entregaba para ese fin. Otro cuarto de las ganancias se colocaba en una cuenta personal para cuando regresaran del establecimiento. La mitad ingresaba en el erario de la prisión y resultaba suficiente para cubrir los gastos de la misma, sin ninguna subvención por parte del Gobierno.

El Gobernador encontró que era imposible inducir a los penados a trabajar fuertemente sin despertar en ellos un interés por las ganancias, pero una vez que con este estímulo estableció hábitos industriosos, le resultaba *más fácil corregir sus principios. Aquí se encuentra verdaderamente el honor entre los reclusos; llevaban la contabilidad y no hacían intentos de traicionar la confianza que se les había dispensado. Indudablemente es el mismo sentimiento de honor el que evitaba la rebelión y el abandono del asilo en el momento en que se sentían impulsados a hacerlo. Es sorprendente que el establecimiento requiera poca ayuda del Gobierno, dado que los gastos de los oficiales e instructores es muy considerable y el Gobernador ha hecho de la enseñanza y evaluación moral de reclusos su principal motivo de consideración, sin atender a los eventuales beneficios que podrían sacar de ellos.*

Los penados estaban, evidentemente, bien vestidos, con ropa de algodón del mismo color, lo que es necesario para el caso de intentar la fuga. En verano llevan vestimenta más liviana. La alimentación es excelente. Consiste en grandes hogazas de pan negro, de aproximadamente del mismo color que nuestro pan de Londres pero de mejor calidad y bastante bueno; raciones de puchero, arroz, papas y carnes en días festivos, que en España son numerosos. La instrucción es dada a todos diariamente, en una escuela amplia a la que todos los muchachos de menos de veinte años están obligados a concurrir durante una hora y cualquier otro recluso mayor de esa edad, si quiere, puede ingresar en los cursos. Vi numerosos ejemplos de excelente escritura (al estilo español) hecha por muchachitos y adultos que no podían escribir una línea cuando ingresaron. Muchos se capacitaban a sí mismos para ocupar puestos como empleados, que obtenían al dejar la prisión. Hay un buen hospital con un dispensario tan limpio y confortable como podría desearse. Sin embargo, el promedio de atendidos no excede, así lo manifestaron, del dos por ciento. Puede pensarse que este sistema es demasiado indulgente. Pero ¿cuál es el resultado? Durante los últimos tres años ningún

penado ha sido devuelto a la prisión y en los diez años anteriores el promedio no fue superior del uno por ciento, aunque antes de este período el número de reincidentes llegaba al treinta por ciento.

Se puede decir que las riñas con armas blancas, tan frecuentes en Valencia, no serían tan comunes si fuesen aplicados castigos severos. Pero ellos dicen que el uso del cuchillo era mucho más frecuente antes de que este Presidio fuese establecido. Aquí el gran principio es brindar a los delincuentes un aliciente para que puedan trabajar, enseñándoles hábitos industrioses, inculcándoles honorables y virtuosos principios y enviándolos al mundo como hombres mejores, educados y capaces de ejercer un oficio, con dinero en los bolsillos con que empezar y no obligándoles a recurrir a sus viejas y perniciosas costumbres para subsistir”.

La otra obra que contribuyó a internacionalizar el régimen penitenciario del Presidio correccional de Valencia se debe a un autor desconocido, titulada *Notes of an Attaché in Spain in 1850*. Aunque anónima, fue bien conocida en la época y nombrada por Maconochie, según afirma Barry, su biógrafo, así como Enoch Cobb Wines.

Sin duda Wines es el más importante reformador penitenciario del pasado siglo. Siendo Secretario de la New York Prison Association, organizó el famoso congreso penitenciario de 1870 en Cincinnati, del cual emanó la famosa “Declaración de Principios”. En su principal obra, *The State of Prisons and Child-Saving Institutions in the civilized world*, escribe: “Entre las primeras experiencias más destacadas en materia de régimen penitenciario, está la del Coronel Montesinos en la Prisión de Valencia, España, que contenía una población de 1.500 reclusos. Esta experiencia sobre un período de quince años, es decir, desde 1835 hasta 1850. Con anterioridad la reincidencia alcanzaba al cuarenta, cincuenta, sesenta y aun setenta por ciento. Durante los dos primeros años esas cifras no se modificaron. Pero luego declinaron rápidamente, llegando al final a casi o completamente cero. ¿A qué obedeció esta extraordinaria disminución de la reincidencia? Principalmente al uso de las fuerzas morales, en lugar de las físicas, en el gobierno de la Prisión. El Coronel Montesinos introdujo una gran variedad de oficios —más de cuarenta en total— y permitió al recluso elegir el que quisiera aprender” (17). “La penitenciaría nos dio más satisfacción que cualquier otra institución que hayamos visitado. Aquí nosotros contemplamos mil reclusos bajo el más admirable sistema de disciplina, ocupados en todas las ramas de

(17) Véase, E.C. Wines, *The State of Prisons and Child-Saving Institutions in the civilized-world*, Cambridge, University Press, John Wilson & Son, 1880, pp. 30-31.

la industria humana. Difícilmente yo podría admitir que estaba en una prisión, tan parecido era el aspecto general del interior a una inmensa y activa fábrica y tan felices y tan satisfechos parecían los trabajadores ocupados en sus diversas tareas”.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS EN LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS**

José María BAUTISTA SAMANIEGO

*Teniente Auditor*

### **INTRODUCCIÓN GENERAL Y PLANTEAMIENTO**

En sectores o ámbitos determinados en que el Estado crea unas estructuras de autoridad, al estimar las necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos, alguno o algunos de los derechos fundamentales de sus miembros se ven sometidos a ciertas restricciones.

Este nexo que une a los miembros de las FAS con el Estado se califica en la doctrina como "relación de sujeción especial" porque el hombre de uniforme ha renunciado, al menos, a ejercitar alguno de sus derechos en la medida exigida por la organización a que pertenece.

La limitación del ejercicio de los derechos en razón de la actividad que se desempeña, no significa, en ningún caso, la privación de los mismos, por cuanto supondría la conculcación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución; tanto ésta como las leyes orgánicas de desarrollo, cuando se han pronunciado acerca de esta materia, lo han hecho limitando o exceptuando el ejercicio de un derecho (vgr., artículo 28 de la Constitución), y en ningún caso han privado de su titularidad.

Este trabajo tiene como objeto el estudio de los derechos fundamentales y las libertades públicas en relación con las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en 1978. A lo largo del mismo abordaremos, sucesivamente, el fundamento de las limitaciones a su ejercicio, los problemas de inconstitucionalidad que se plantean en relación con el Tratado V de las Reales Ordenanzas de modo genérico al establecer limitaciones a derechos fundamentales y libertades públicas, así como un examen específico de cada una de estas limitaciones, para terminar con unas conclusiones finales.



Con relación al fundamento de las limitaciones de derechos a los militares, para Ricardo Pellón (1) cabe sustentar varias posturas:

— La primera y tradicional consiste en considerar al Ejército como algo separado y distinto del resto de los ciudadanos. Se pretende hacer del militar un ciudadano diferente, con sus privilegios, cargas y servidumbres, y entre éstas la de sufrir una “capitis diminutio” en el terreno de sus derechos y libertades fundamentales, que se conceden a los demás, privándose de cualquier intervención en cuestiones políticas e, incluso, del derecho de votar y el de ser elegido para cargos representativos.

Esto constituye lo que Trillo-Figueroa (2) denomina “campana de cristal”, conseguida a través de las restricciones en sus derechos políticos, en la que permanecerían “incontaminados” por las realidades políticas de la Nación.

— Una segunda concepción es la que afirma que el militar tiene los mismos deberes frente al Estado que el resto de los ciudadanos, aunque también ciertas limitaciones específicas por el hecho de ser miembros de una Fuerza Armada cuya misión consiste en asegurar la protección de la comunidad nacional.

El cumplimiento de esta misión hace que se impongan algunas limitaciones a sus derechos, limitaciones que deben restringirse a aquello que es estrictamente indispensable para el interés público y, además, han de estar establecidas por la Ley.

Casado Burbano (3) señala que las limitaciones no son arbitrarias, y en todo caso han de reunir los requisitos siguientes: a) Necesidad, en cuanto que únicamente son admisibles las estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función de aquella situación especial; b) Proporcionalidad, debiendo existir una adecuada correlación entre el fin perseguido y el medio restrictivo utilizado; c) Legalidad, ya que tales restricciones han de estar previstas en las normas de igual rango que la que regula el derecho afectado.

Para Trillo-Figueroa (4), al ostentar estos derechos el carácter de fundamentales para la persona, la tendencia moderna se orienta hacia su constitucionalización e internalización, como garantías de la efectividad de los derechos humanos, reiterando este autor, por tanto, la idea de legalidad antes vista.

(1) Ricardo Pellón. “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”. Núm. 37. *Revista Española de Derecho Militar* (enero-junio 1979). Pág. 87

(2) Trillo-Figueroa M. Conde. “Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española”. Núm. 38. *Revista Española de Derecho Militar* (Julio-Diciembre 1979). Pág. 87.

(3) Casado Burbano. “Las FAS en la nueva Constitución Española”. Núm. 36 *Revista Española de Derecho Militar* (julio-diciembre 1978). Pág. 21.

(4) Trillo-Figueroa M. Conde. Op. cit. Págs. 89 y 91.

Considera es loable la limitación en el texto constitucional de determinados derechos, pero anómalo que no tenga el mismo rango otro tipo de limitaciones (asociación, reunión, libre emisión del pensamiento).

Hemos de recordar que la idea de limitación de los derechos fundamentales estaba presente en los redactores del Texto constitucional, por cuanto alguna de ellas fue expresamente incluida en su articulado, mientras que su gran mayoría quedó extramuros constitucionales, relegadas a otras normas como las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (5)

En la redacción del Texto constitucional se propuso por el Senador, profesor Sánchez-Agesta, la ampliación de la redacción dada al artículo 8, párrafo segundo, en el sentido de que la Ley Orgánica reguladora de las bases de la organización militar incluyese también "los derechos y deberes específicos de sus miembros". Se justificaba esta enmienda en el propósito de ser un respaldo constitucional a las previsibles limitaciones que la legislación ordinaria iba a imponer a los militares en el ejercicio de diversos derechos fundamentales. Como señala Hans-Peter Schneider (6), con los derechos fundamentales se trata de ordenar esferas de la vida social que se han manifestado especialmente propensas a ser intervenidas por el Estado y por ello están necesitadas de protección.

Para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos —según menciona Ricardo Pellón— (7) no basta con una declaración puramente formal, se precisa la voluntaria y sincera colaboración de los gobiernos y, en algunos casos, de sus parlamentos, porque los poderes establecidos tienden a reglamentar en el plano jurídico y a clasificar en la práctica según sus propios principios las peculiaridades del ámbito en que se desenvuelven.

Para Trillo-Figueroa (8) el hecho no tiene un significado puramente circunstancial, pues supone dejar en manos del legislador ordinario no sólo los criterios que han de orientar las eventuales limitaciones, sino incluso la determinación de los derechos que pueden quedar afectados por los mismos. Los efectos no han tardado en producirse, pues las propias Ordenanzas se resienten —en la ordenación del status del militar— de esta imprecisión constitucional.

Esta imprecisión se transforma en inconstitucionalidad, por cuanto las restricciones de los derechos fundamentales y libertades públicas (que

(5) Mediante Ley 85/1978, de 28 de diciembre, *BOE* núm. 11/79. La Constitución de 27 de diciembre de 1978 entra en vigor el mismo día de la publicación oficial en el *BOE*, que fue el 29 de diciembre.

(6) *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 7. Pág. 16.

(7) Ricardo Pellón. *Op. cit.* Pág. 21.

(8) *Vid.* nota número 4.

aparecen recogidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo del Título I de la Constitución), sólo pueden ser realizadas, bien por el propio Texto constitucional —como efectivamente ocurre en relación al militar en los artículos 28, respecto a la libertad de sindicación (9) y en el 29 respecto del derecho de petición (10) bien por las Leyes de desarrollo de los mismos. Estas Leyes, en las que tanto se establece el desarrollo como la limitación de estos derechos, sólo pueden ser orgánicas en virtud del principio de reserva material que establece el artículo 81 del propio Texto constitucional.

Se ha sostenido que el artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa Nacional y la Organización Militar, al señalar que “los deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas... se determinan en las Reales Ordenanzas...”, realiza una remisión a Ley Ordinaria en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, con lo cual se salva la inconstitucionalidad, remitiendo una Ley orgánica la totalidad de la regulación en esta materia a una Ley ordinaria. Sin embargo, el artículo 81 de la Constitución no autoriza la remisión antes mencionada, sino que establece que la regulación de estos derechos fundamentales y libertades públicas ha de realizarse precisamente mediante Ley Orgánica.

Como quiera que en las Reales Ordenanzas se establecen efectivamente limitaciones de derechos fundamentales que no aparecen en la Constitución o en las Leyes Orgánicas de desarrollo, sostenemos la inconstitucionalidad de determinados artículos de aquéllas, que a continuación examinaremos (11). Para ello, vamos a comenzar por el artículo 169 de las RROO, en cuanto limitación genérica de los derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con el artículo 81.1 de la Constitución, para entrar a continuación en los siguientes artículos, que suponen limitaciones específicas.

#### I. LIMITACIONES DE DERECHOS A LOS MILITARES EN LAS REALES ORDENANZAS Y EL ARTÍCULO 81.1 DE LA CONSTITUCION

Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, en su Tratado Tercero, “de los deberes y derechos”, contiene el Título V, subdividido en “deberes y derechos del militar de

(9) Vid. artículo 28 de la Constitución.

(10) Art. 29, párrafo segundo de la CE. “Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de Cuerpos sometidos a la disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente con arreglo en su legislación específica”.

(11) Cuestión distinta es el desarrollo de su ejercicio, amparado por el artículo 53. 1 de la Constitución, y que se recoge en la disposición final segunda, apartado segundo de las Reales Ordenanzas.

carrera”, “de la acción social”, “de las recompensas y sanciones” y “de los recursos y peticiones”.

En el primero de estos apartados, las RROO contemplan al militar como ciudadano y sus derechos civiles y políticos, dedicándose el segundo a los deberes y derechos de carácter militar. Este último no plantea cuestión alguna en relación al tema de que tratamos, no así el primero, sobre el que se cierne, total o parcialmente, la sombra de la inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de un estudio más exhaustivo de cada uno de los artículos que se refieren a los derechos fundamentales y libertades públicas en particular, nos detenemos ahora en el análisis del artículo 169 de las RROO (en cuanto a limitación de carácter genérico), que afirma:

“El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollan y por las Reales Ordenanzas.”

La primera parte no hace sino reiterar lo ya dispuesto en la Constitución en cuanto confirma la titularidad de los derechos civiles y políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas en cuanto ciudadanos, así como la prevista limitación (que no privación) de derechos en determinados casos, como veremos más adelante.

Las limitaciones a los derechos fundamentales y las libertades públicas pueden venir impuestas por la Constitución, lo que resulta del artículo 28 en cuanto a la libertad de sindicación (12) y el artículo 29, en cuanto al derecho de petición (13). Son éstos los únicos casos en que la Constitución limita derechos fundamentales o libertades públicas a los militares.

El artículo 169 de las Reales Ordenanzas menciona otra fuente de limitaciones: las disposiciones que la desarrollen (la Constitución). Obviamente, y a tenor del artículo 81.1 de la Constitución:

“Son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas...”

Cualquier limitación de tales derechos o libertades, sensu contrario, habrá necesariamente de estar recogida en alguna de las Leyes Orgánicas desarrolladora de su ejercicio.

El problema se plantea cuando se dice en el artículo 169 de las RROO que éstas pueden limitar los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución (recordemos que estas Ordenanzas fueron aprobadas mediante Ley Ordinaria).

Para A. Pedrieri y G. Enterría (14): “la Constitución habla del desarrollo

(12) Vid. nota número 9.

(13) Vid. nota número 10.

de estos derechos (15) que se reserva a Ley Orgánica. Esta fórmula no puede entenderse en el sentido de que su desarrollo está reservado a las Leyes Orgánicas y su limitación a Leyes Ordinarias. Tal desarrollo es el fin que impone el legislador constitucional en el artículo 9.2, aparte de otras fórmulas de los artículos de la citada Sección Primera. Una legislación que tendiese a ese desarrollo sería contraria a las normas constitucionales”.

Debe añadirse también —se continúa en el señalado trabajo— que toda esta materia está reservada a la Ley Orgánica, con independencia a las expresas reservas de la Ley que contienen algunos artículos (Vgr. 17.1 y 4; 18.4; 20.3, etc). La declaración expresa de la Constitución del desarrollo “mediante Ley” de un derecho fundamental ha de entenderse realizado mediante Ley Orgánica, conforme al artículo 81.1. En cualquier caso, incluso cuando no existe una previsión específica de reserva, toda la materia no podrá ser regulada en el futuro sino por Ley Orgánica, dada la reserva de Ley material del artículo 81.1 de la Constitución.

De todo ello deriva que una serie de materias de especial importancia, tradicionalmente reguladas por Ley, algunas en los Códigos y otras en las Leyes especiales (sobre todo penales y procesales), se sustraen a la competencia de las leyes ordinarias y delegadas y se transfieren a Ley Orgánica, concluyen los citados autores.

La Ley ordinaria del Parlamento ocupa posición al mismo tiempo residual y ejemplar, aunque su área se halla reducida por la existencia de normas de grado preferente y de competencia diferenciada. Por lo tanto, son susceptibles de regularse mediante Ley Ordinaria todas aquellas materias que no se hayan reservado a Ley orgánica, lo que no hace sino abundar en el sentido de la imposibilidad de limitación de los deberes y derechos civiles y políticos por las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (aprobadas por Ley ordinaria).

Por otra parte, el artículo 53.1 de la Constitución señala:

“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.)”

Por lo tanto, y en palabras del profesor García de Enterría, al hablar del principio de reserva de Ley material (16), del artículo 53.1 resulta, a los

(14) “La Constitución Española de 1978”. Estudio sistemático. Editorial Civiles. Págs. 213 y siguientes.

(15) Derechos fundamentales y libertades públicas.

efectos que nos ocupan, lo siguiente:

— Como precisa el artículo 81.1 de la Constitución, el “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, esto es, el estatuto general de cada uno de ellos, habrá de hacerse necesariamente Ley Orgánica.

— Distinto de ese “desarrollo”, que supone asegurar sus condiciones de expresión y funcionamiento (que han de dirigirse a que la libertad sea “real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. art. 9.2), es la regulación del “ejercicio de tales derechos y libertades”, que es lo que, además, el artículo 53 reserva a la Ley: “sólo por Ley” puede realizarse tal regulación, lo que debe entenderse en el sentido de cualquier regulación que entraña, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, en términos más amplios, al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1), que dichos derechos garantizan.

La materia relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas no es la misma que se reserva a la Ley (sin precisar al rango), en el antes citado artículo 53.1.

El capítulo segundo del Título I (éste dedicado a los derechos y deberes fundamentales) lleva por rúbrica general la de “Derechos y libertades” (que es la expresión recogida en el artículo 53.1), pero se divide en dos secciones con diferentes epígrafes: “Sección primera: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y “Sección segunda: De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Por consiguiente, al hablarse literalmente en el artículo 81.1 de los “derechos fundamentales y de las libertades públicas”, se está refiriendo única y exclusivamente a la Sección primera cuyo contenido es el que ha de desarrollarse por Ley Orgánica. Para los derechos y deberes de los ciudadanos de la Sección segunda basta la Ley ordinaria, según se desprende del artículo 53.1 de la Constitución. (17).

En conclusión, es clara la inconstitucionalidad de esta última parte del artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en la medida que pueda tratarse de imponer, a través de las mismas, una limitación al militar de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la Sección primera del capítulo segundo (Título I) de la Constitución, por la necesidad de regulación mediante Ley Orgánica de los mismos, y desde el punto de vista formal de reserva de Ley material a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el 53.1 del Texto constitucional.

(16) *Curso de Derecho administrativo*. Editorial Civitas, 1982. Págs. 223 y 224.

(17) *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, 1985. Pág. 1220.

## II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN EL TÍTULO V DE LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS DE 1978

En este capítulo se pretende analizar determinados artículos del Título V de las Reales Ordenanzas que tienen sus correlativos en la Sección primera, capítulo segundo, Título I de la Constitución, que lleva como título "De los derechos fundamentales y las libertades públicas", todo ello en relación, como hemos visto en el apartado anterior, con el artículo 81, párrafo primero, de la Constitución.

En el análisis se han tenido en cuenta también las Leyes orgánicas de desarrollo de cada uno de estos derechos, así como la legislación complementaria actual, en su caso, cuando tengan referencia con el trabajo que desarrollamos. Al término de cada uno de los apartados se llega a unas conclusiones parciales a la vista de la situación actual de cada uno de los derechos.

— Los artículos 172 y 173 de las Reales Ordenanzas señalan:

"El militar sólo podrá ser privado de su libertad o bienes en los casos previstos por la Ley en la forma que ésta disponga."

Por su parte, el artículo 17.1 de la Constitución señala:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observación de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley."

La libertad en el sentido que aquí examinamos será, por tanto, la libertad individual, la libertad personal. Para Serrano Alberca (18), es una libertad pública, derecho fundamental y básico para la efectividad de otras libertades públicas, previo al Estado, que éste debe en todo. El derecho a la libertad personal tiene un contenido positivo: no ser privado arbitrariamente de la libertad, y unas excepciones que han de establecerse por Ley Orgánica y no pueden afectar al contenido esencial del derecho.

Por tanto, cuando el artículo 172 se está refiriendo a la Ley, hemos de entender que será en todo caso orgánica, al limitar el derecho fundamental de la libertad, en relación a lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución, según el hilo argumental de este trabajo.

El hecho de que el artículo 172 de las RROO mencione esta limitación no quiere decir que lo limite efectivamente, por lo que entendemos es constitucional, al no hacer una regulación de carácter sustantivo, sino remitirse a los

(18) Serrano Alberca, "Comentarios a la Constitución" Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 312.

dispuesto en una Ley (orgánica) y no a las propias Reales Ordenanzas. Por su parte, el artículo 173 de las RROO establece:

“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.”

La referencia que al Código de Justicia Militar (Tratado tercero, Títulos IV y X) se hace en el artículo 173 de las RROO ha de ser sustituida por la Ley Procesal Militar (aprobada por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, en sus artículos 199 y siguientes). Es, por tanto, perfectamente constitucional al respetar también el juego del artículo 81.1 de la Constitución.

Otro de los aspectos es el artículo 17.4 de la Constitución:

“La Ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” Para producirse la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.”

El «habeas corpus» es definido como un procedimiento para obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de toda persona detenida ilegalmente. En realidad es una garantía jurisdiccional para proteger la libertad personal, y esta última es el derecho individual protegido. No obstante, tiene tanta importancia en un derecho de garantía, que su regulación puede decirse que forma parte del contenido esencial del derecho (19).

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «habeas corpus», en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17. 4 de la Constitución ha venido a completar los artículos 172 y 173 de las Reales Ordenanzas al establecer en el artículo 2, último párrafo:

“En el ámbito de Jurisdicción Militar será competente para conocer de la solicitud de “habeas corpus” el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.”

— El artículo 174 de las Reales Ordenanzas y el artículo 18 de la Constitución.

El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada. Estos derechos son irrenunciables, imprescriptibles e inembargables. No obstante, no son absolutos, su ámbito dependerá de lo establecido en la Ley, de los usos y de la propia voluntad en la persona cuyo consentimiento no se presume. En otro caso el Juez deberá intervenir para limitar estos derechos cuando está en juego el interés general, pero no son, por su naturaleza, derechos suspendibles (20).

(19) Serrano Alberca. Op. cit. Página 340.

(20) Serrano Alberca. Op. cit. Página 353



El artículo 18 de la Constitución regula el reconocimiento al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, domicilio y correspondencia, así como, por otra parte, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

Este artículo fue desarrollado por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, en cuya redacción no aparece diferenciado el militar del común de los ciudadanos, y por lo tanto entendemos que ha de serles aplicada en su integridad, sin ningún tipo de exclusiones (“ubi lex non distinguit, non distinguere habemus”).

Igualmente, el artículo 174 de las Reales Ordenanzas no es sino un extracto del artículo 18 de la Constitución, antes mencionado. Hemos de recordar que la redacción de estas Reales Ordenanzas y la Constitución corrieron paralelas, y por lo tanto las primeras están fuertemente influidas por ésta, hasta el punto de recoger preceptos en algunas ocasiones literalmente. Por tanto este artículo de las Reales Ordenanzas, a los efectos del presente trabajo, puede ser calificado como de reiterativo, al ser aplicable tanto la Constitución en su artículo 18 como la Ley Orgánica 1/1982, que establece, como su título indica, la protección civil de este derecho (al mismo tiempo, la intromisión entra en tipo penal, y habrá de ser el Código Penal la norma aplicable).

La Constitución no se refiere a los supuestos de limitación de estos derechos, al menos de forma expresa, y sólo establece la necesidad de resolución judicial. No obstante, esta garantía de intervención judicial parece suficiente, sin bien, por Ley orgánica, se podrá regular los requisitos y el procedimiento de limitación de este derecho como lo hacen la Ley Procesal Militar y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la Jurisdicción Militar, operarán como limitaciones las establecidas en el capítulo VI (“De la entrada y registro en lugar cerrado y de la intervención de libros, papeles, y comunicaciones”) del Título II (“Del sumario”) del Libro II (“De los procedimientos ordinarios militares”) de la Ley Orgánica Procesal Militar 2/1989, de 13 de abril. En la jurisdicción ordinaria, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del Libro II, el Título VIII (“De la entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y de la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica”), arts. 545 y ss.

— Libertad de residencia y circulación. Artículos 175 de las Reales Ordenanzas y 19 de la Constitución.

El artículo 19 de la Constitución garantiza el derecho de los españoles de elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca.

A su vez, el artículo 175 de las RROO señala que el domicilio habitual de residencia del militar será el de su destino. Sin embargo, a lo largo de este artículo, en el párrafo tercero, se manifiesta la obligación de disponer de autorización de sus superiores para salir al extranjero.

Con relación al párrafo primero, no se plantea mayor problema, habida cuenta de la propia determinación de domicilio legal del artículo 68 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“El domicilio legal de los militares en servicio activo será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo a que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento.”

Mayores problemas plantea el párrafo tercero (autorización para salida al extranjero). La cuestión, abordada desde un punto de vista material, puede ser entendida como una limitación administrativa en orden al fin superior de la Defensa Nacional. Pero esta finalidad responde a estados extraordinarios y no a situaciones de normalidad, de tal manera que sería absolutamente defendible en caso de los estados de alarmas, excepción y sitio previstos en el artículo 116 de la Constitución y desarrollados mediante Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, y la declaración de guerra.

Fuera de las antes citadas situaciones, y en caso de normalidad, aparece hoy desfasada la necesidad de autorización de salida al extranjero, prevista en este párrafo tercero del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, de manera genérica para todo militar (21). La razón de este desfase radica, en primer lugar, en la agilidad de las comunicaciones, que permiten alcanzar en poco tiempo las fronteras del territorio nacional, y la disminución de los requisitos formales para efectuar la salida al extranjero (recordemos que basta la mera presentación del Documento Nacional de Identidad para el resto de los países comunitarios).

De otra parte, el propio ordenamiento jurídico da instrumentos para la persecución, si lo que se quiere evitar es la ausencia del militar en su unidad o destino, entre otros preceptos, los artículos 119 (delito de abandono de destino o residencia) y 120 (delito de deserción) del Código Penal Militar (aprobado mediante la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre).

Un punto de vista formal nos sitúa en primer lugar en el Real Decreto 31129/1977, de 23 de septiembre, que reglamenta la expedición de pasaportes (documento que con relación a la Europa comunitaria va perdiendo importancia, como vimos anteriormente), cuyo artículo séptimo dispone, en

(21) De modo concreto, para quienes prestan el servicio militar, se halla recogido en el artículo 225 del Reglamento del Servicio Militar, aprobado por el Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, artículo también claramente inconstitucional, y cronológicamente desfasado.

casos excepcionales, la retirada, retención o suspensión del pasaporte, así como la prohibición de salida del territorio nacional a los súbditos españoles por causas derivadas de la seguridad del Estado (interior o exterior), protección del orden, salud o moral públicas y libertades de terceros. No está claro, según señala Santamaría) (22) que las circunstancias de tal limitación pueden hacerse valer como supuestos legitimadores de limitaciones o privaciones singulares de derecho.

Con relación a su constitucionalidad, y en lo que alcance a la prohibición de salida del territorio nacional de este artículo séptimo del R.D. 3129/1977, y el párrafo tercero del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, por su rango normativo, en relación con el artículo 81.1 y 53.1 de la Constitución, hemos de predicar igualmente su inconstitucionalidad, en los términos expuestos a lo largo del presente trabajo (vid. *supra*).

— Libertad de expresión. Artículos 178 y 179 de las Reales Ordenanzas y 20 de la Constitución. Libre emisión y recepción del pensamiento.

Para Ricardo Pellón (23) cabe diferenciar dos tipos fundamentales de cuestiones referentes a la libertad de opinión de los militares. En la primera hipótesis, la limitación se dirige contra el miembro de las Fuerzas Armadas, en cuanto sustenta determinadas opiniones y el hecho de que las manifieste más o menos abiertamente, tiene una importancia secundaria. En la segunda hipótesis, las medidas coercitivas tienen por objeto principal impedir la exteriorización del pensamiento como tal, siendo irrelevante (desde el punto de vista teórico) la naturaleza ideológica o el sentido de lo que se dice. Partiendo de que actualmente la opinión mayoritaria es la de considerar al militar como un ciudadano más, debe reconocérsele, en principio, la libertad de opinión y restringírsele sólo en aquellos casos que sea indispensable para el cumplimiento de los fines de la institución militar.

Con relación a la libertad de expresión el artículo 178 de las Reales Ordenanzas plantea la autorización previa par su ejercicio "cuando se trate de cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo puedan conocer por su cargo o destino en las Fuerzas Armadas".

Ante este artículo cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) La Constitución, en su artículo 20, vino a suprimir el sistema de autorización previa en las publicaciones periódicas. Por tanto, este derecho no

(22) "Comentarios a la Constitución". Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 394.

(23) Ob. cit. pág. 32.

está restringido a personas alguna, incluso cuando ésta se identifique como militar.

Cuestión distinta es que, a posteriori, el militar pudiera incurrir en sanción disciplinaria de los artículos 8.30 (falta grave) de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el Código Penal Militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), recoge el delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional.

Por tanto, la sanción que al militar pudiera corresponderle sería exclusivamente a posteriori, una vez depuradas sus responsabilidades.

b) Toda norma jurídica limitativa del ejercicio de un derecho debe ser interpretada restrictivamente (24).

c) No se vulnera el deber de discreción por tratar hechos o datos que ya han sido previamente difundidos o cuando se utilizan los mismos con carácter hipotético.

d) No se violan las neutralidad o imparcialidad políticas por abordarse temas que formen parte de los programas o proyectos de las distintas opciones, en tanto ello no suponga una clase de adhesión o repulsa, en bloque, de un determinado partido o grupo (25).

e) Salvo prueba en contrario, las manifestaciones públicas de un militar, aun haciendo uso de su condición de tal —al igual que en su caso, lo hacen otros profesionales— no deben ser consideradas como hechas en representación de todo o parte de las Fuerzas Armadas.

f) Que la razón de ser de este artículo se ha de interpretar que es la protección de la seguridad nacional.

Por su parte, el artículo 20.1 de la Constitución reconoce de derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción de las ideas”.

En realidad, como indica Javier Gálvez (26), el único límite de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución está constituido por la exigencia de efectividad de los demás derechos reconocidos en el Título I del Texto constitucional. El número 4 del citado artículo 20 previene que “estas libertades tienen su límite en el respecto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

(24) Casado Burbano. “Iniciación al Derecho constitucional”. Editorial Edersa. 1986.

(25) Vid. nota número 21.

(26) “Comentarios a la Constitución”. Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 395.

En Estados Unidos los militares deben, antes de su publicación, presentarse para comprobar que escriben a título particular y no en su condición castrense. En Italia se permite publicar libremente sus escritos, dar conferencias públicas y manifestar públicamente sus pensamientos, salvo en asuntos de carácter reservado, de interés militar o del servicio, para los que precisa previa autorización.

También encontramos dos órdenes del Ministerio de Defensa: la primera, de 19 de noviembre de 1977, en su artículo primero, reconoce la libertad para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, y el artículo segundo, la necesidad de que la libertad de expresión se someta a la "previa autorización en razón a la necesaria protección de la seguridad nacional cuando se refiera o afecte a la Defensa Nacional, asuntos del servicio u organización y actuación de los Ejércitos".

La segunda es la Orden del Ministerio de Defensa de 24 de enero de 1978, en la que la autorización sólo se exige cuando la libertad de expresión se refiere a aspectos concretos que puedan perjudicar a la seguridad nacional o se utilicen datos sólo conocidos por razón de destino o cargo en las Fuerzas Armadas, sin precisarse permiso para los demás supuestos.

Las consideraciones recogidas anteriormente, en cuanto la infracción del artículo 20 de la Constitución (no existencia de censura previa) e igualmente la insuficiencia normativa tanto de las Reales Ordenanzas en su artículo 178 como en ambas Ordenes Ministeriales antes citadas para limitar un derecho, nos llevan a proclamar su inconstitucionalidad, en los términos reiteradamente manifestados a lo largo de este trabajo.

La Constitución española, en el apartado d) del número 1 del artículo 20, reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz y por cualquier medio de difusión. El sujeto de la libertad de información es incontrovertido e incontrovertible, dada la redacción del texto, ya que se reconoce a todos los ciudadanos sin distinción alguna.

El artículo 179 de las Reales Ordenanzas reconoce al derecho del artículo 20 de la Constitución, para limitarlo a continuación por "exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas", con lo que infringe claramente lo dispuesto en el artículo 81.1, de reserva a Ley Orgánica el desarrollo de determinados derechos de los ciudadanos, por lo que hemos igualmente de tachar de inconstitucional este artículo 179. Incluso llega éste a someter la limitación por el Ministerio de Defensa o la autoridad militar competente en caso de urgencia, lo que también supone la directa e inmediata limitación gubernativa de un derecho fundamental sin que haya sido declarado ninguno de los tres supuestos recogidos en el artículo 116, en

relación con el 55.1 de la Constitución, y desarrollados posteriormente por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, donde se aparece recogida esta limitación (arts. 21.1 y 32.3 in fine) (27).

— El derecho de reunión. Artículos 180 de las Reales Ordenanzas y 21 de la Constitución.

El artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora de este derecho, señala en su artículo 4.4:

“La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición de militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica.”

Por otra parte, el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, de actividades políticas y sindicales de los miembros de las Fuerzas Armadas, prohíbe a los militares “asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter”, así como “asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical” (art. 2.3), con lo que quedaba vedado a los militares la mera asistencia, de incógnito, a cualquier reunión (28).

La Constitución, como hemos visto antes, no señala ninguna limitación al derecho de reunión en cuanto a su titular, y por lo tanto, tampoco para los militares, por lo que cualquier militar puede participar en cualquier tipo de reunión, siempre que no asista de uniforme ni haga uso de su condición, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Ley Orgánica 9/1983, antes citada.

Hemos de considerar inconstitucional el R.D. 10/1977, en cuanto impone por una norma que no es Ley Orgánica no solamente una limitación, sino una privación del ejercicio de un derecho fundamental que no aparece recogida tanto en el Texto constitucional como en el de la Ley Orgánica de desarrollo, lo que desvirtúa, ciertamente, el contenido esencial de este derecho. A mayor abundamiento, señalar que el Real Decreto-Ley 10/1977 será derogado a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar, en el apartado tercero de su disposición derogatoria, junto con su legislación

(27) También puede oponerse la oscuridad de su redacción y falta de conceptos claros de su términos (“razones de seguridad, disciplina”); posibilidad de establecer una limitación de derechos fundamentales sin la enumeración mediante texto legal previo de los motivos para ello.

(28) Casado Burbano. *Iniciación al Derecho Constitucional*. Página 145.

complementaria (Decreto 706/1977, de 1 de abril y 1113/1977, de 20 de mayo).

La legislación específica a la que alude la Ley orgánica del derecho de reunión la constituye el artículo 9, párrafos 27 y 28 (falta grave) de la Ley Orgánica 12/1985, de régimen disciplinario para las Fuerzas Armadas.

El artículo 180 de las Reales Ordenanzas se remite, sin más, a las "disposiciones vigentes", con lo cual resulta perfectamente inocuo y redundante con respecto a la problemática que estamos examinando, por lo que no puede ser tachado de inconstitucional.

— La libertad de asociación y de sindicación. El artículo 181 de las Reales Ordenanzas.

El artículo 181 de las Reales Ordenanzas, en su párrafo primero, establece que "los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos ni asociaciones con finalidad reivindicativa".

Con relación a la libertad de asociación, señala el artículo 22 de la Constitución que "se reconoce el derecho de asociación". En primer lugar, este derecho "se reconoce", por lo que es considerado por el legislador constituyente como un derecho anterior e inmanente del ciudadano y, en segundo término, la Constitución no señala limitación alguna en cuanto a los titulares efectivos de tal libertad, por lo que no hemos de entenderlo excluído respecto de ningún ciudadano y, obviamente, respecto del militar. Respecto del asociacionismo político, parte del derecho de asociación, lo examinaremos en el apartado siguiente.

La denominación de "asociaciones con finalidad reivindicativa" a que hacen mención las Reales Ordenanzas hemos de entenderlas como asociaciones que efectivamente ejercen funciones sindicales o, en virtud de la exclusión expresa de este tipo de actividades que a continuación veremos, cuasi sindicales, bajo la denominación de "asociaciones" se constituye un evidente fraude de Ley y habrán de seguir la doctrina del fraude de Ley del artículo 6.4 del Código Civil:

"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

El artículo 22 de la Constitución, como señala Santamaría (29), constitu-

(29) Juan A. Santamaría. "Comentarios a la Constitución". Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 428.

ye lo que podríamos llamar el derecho común, en la Constitución, de todas las asociaciones, cuya mención separada no supone en caso alguno la consagración, para tipos concretos, de principios o reglas contradictorias o meramente distintas de las establecidas en el artículo 22: las reglas de este artículo, pues, serán de general aplicación, a menos que por Ley se dispusiese lo contrario en atención a la peculiar naturaleza de algunas asociaciones.

Respecto a la libertad de sindicación, hemos de comenzar por la mención del artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

- a) Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
- b) El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tales derechos cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía”.

El artículo 28 de la Constitución recoge el derecho de libre sindicación en su apartado primero. Sin embargo, continúa que “la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados y demás Cuerpos sometidos a la disciplina militar”.

En la Ley aludida (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical) se determina de una manera expresa en el apartado 1.3:

“Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar”.

A mayor abundamiento, la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación, Determinación de las condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, en su artículo 2, señala:

“1 Quedan excluidos de la presente Ley: a) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar.”

Con lo cual queda cerrada cualquier vía a través del art. 103.3 de la Constitución, al regular las peculiaridades de este ejercicio a los funcionarios públicos (sólo civiles), en cumplimiento a lo establecido en el artículo 28 del propio Texto constitucional.

Pueden, no obstante, existir circunstancias de orden profesional que legítimamente preocupen a los miembros de las FAS, ante lo cual, el artículo



29 de la Constitución, al regular el derecho de petición, dispone:

“2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.”

Esta legislación es el Decreto 93/1862, de 18 de enero, de Presidencia del Gobierno, en la que se dan normas para el ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados, así como el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, que adapta preceptos de la Ley de 17 de Julio de 1958 a los Ministerios militares, y por los artículos 199 a 205 de las Reales Ordenanzas (“De los recursos y peticiones”).

La presentación de reclamaciones o peticiones colectivas puede dar lugar al delito de sedición militar, tipificado en el artículo 92 del Código Penal Militar, tipificado en el artículo 92 del Código Penal Militar, o la falta grave militar del art. núm. 15 de la L.O. de Régimen disciplinario de las FAS.

Un último problema es el de la determinación del límite entre “simples asociaciones” y las “asociaciones con finalidad reivindicativa”, por cuanto la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 no lo realiza: ante el vacío legal en la materia, habrá de ser la jurisprudencia quien precise los márgenes entre los que se desenvuelven unas y otras.

En conclusión, y de una manera clara, la Ley Orgánica viene a prohibir al militar, en cumplimiento del mandato constitucional, la afiliación y el ejercicio de actividades sindicales que, ciertamente, se oponen a su condición.

El artículo 181 de las Reales Ordenanzas no limita a militar la libertad de asociación, pues las “asociaciones con finalidad reivindicativa” habrían de ser tratadas en los términos antes vistos, y recoge tanto el mandato constitucional como de la Ley Orgánica respecto de los sindicatos en el seno de las Fuerzas Armadas, por lo que resulta claramente constitucional.

— Artículo 182. El deber de neutralidad política y el Real Decreto-Ley 10/1977.

Como vimos en el apartado anterior, la prohibición es clara en relación a los sindicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Pero, en contraposición, nada regula excepto el recientemente derogado Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de enero, de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, la participación del militar en actividades políticas, si no es el artículo 182 de las RROO o la referencia del artículo 9, párrafo 28 de la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario.

Cuestión aparte merece el citado Real Decreto-Ley 10/1977. Señalaba su exposición de motivos que “la naturaleza de la misión de las Fuerzas Ar-

madamas está más allá de opciones políticas concretas, que sus miembros deben mantenerse “unidos para el mejor cumplimiento de su elevada misión cuando sus obligaciones constitucionales así lo exijan”, y que “este deber impone a todos los componentes de las FAS el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni menoscabar públicamente cualesquiera de ellas”.

En palabras del General M. Díaz Alegría, “el que un militar profesional sea apolítico no quiere decir que, como individuo, no sienta preocupaciones por la dirección de su país y hasta deje de experimentar mayor o menor simpatía por una u otra de las ideologías que se debaten en el campo político de su Patria. Lo que no se puede hacer es sustentar estas teorías apoyándolas en su condición de Oficial y mucho menos hacerlas prevalecer, reunido con sus compañeros, como expresión del pensamiento político del Ejército”.

Lo que nos permite hacer un inciso para reflejar las consideraciones que sobre el apoliticismo y apartidismo expone Ricardo Pellón (30), señalando que si bien desde el punto de vista formal puede vetarse al Ejército de toda actividad política, en la práctica, las Fuerzas Armadas no pueden mostrarse indiferentes a ella (Fuerzas Armadas como Institución, como conjunto organizado, no a sus componentes individualmente considerados).

Para conseguir un total acatamiento del poder civil, se introdujo durante el siglo pasado el principio del absoluto apoliticismo de las Fuerzas Armadas, fundándose en su carácter instrumental y técnico—brazo armado— que se limita a ejecutar estrictamente las órdenes recibidas. Contribuyó a fortalecer la teoría del aislamiento en que se colocó al militar, privándole del derecho de sufragio activo y pasivo y restringiendo o impidiendo el ejercicio de otros derechos políticos. Así se constituyó lo que se ha denominado “acantonamiento territorial y jurídico”.

Sin embargo, lo que más ha contribuido a que las Fuerzas Armadas sientan que el cumplimiento de su misión no es algo ajeno a la política ha sido su empleo por parte de los gobiernos para mantener el orden interno, luchar contra la subversión o defender las conquistas de un proceso revolucionario.

En España, el artículo octavo de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas no sólo la misión de defender la integridad territorial, sino, también, el ordenamiento constitucional, lo que tiene una clara significación política. Quien pretenda vulnerar o romper dicho ordenamiento, tendrá frente a sí, como último garante, a los Ejércitos. Esta invocación pone a su

(30) Ricardo Pellón. Op. Cit. págs. 64 y siguientes.

cargo una función disuasoria del evidente carácter político. (En el mismo sentido, el artículo 2 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, considera una de las finalidades de la defensa nacional garantizar el ordenamiento constitucional: el párrafo primero del artículo cuarto señala que “la política militar, componente esencial de la política de defensa, evalúa la situación interna y externa”).

El propio Ordenamiento reconoce a las Fuerzas Armadas una función política activa en determinados casos, como son los supuestos de situaciones de anormalidad recogidas en el artículo 116 de la Constitución y desarrolladas por la Ley orgánica 4/1981, de 1 de Julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, así como den los supuestos de guerra. Por tanto, las Fuerzas Armadas son un instrumento de poder del Estado y difícilmente puede sostenerse la tesis de las apoliticidad (entendida en el sentido de “polis”, ciudad, comunidad) del Ejército, y no sólo por lo que establezcan las Leyes sino, más bien, porque la Institución militar es una dimensión efectiva de la comunidad política.

Como es lógico, “política” es diferente a “partidismo político”; a nuestros efectos citaremos, en cuanto al significado de aquella, a J.W. Garner, para quien “política” es un término que significa ciencia y arte, y se emplea para expresar al propio tiempo el estudio sistemático de los fenómenos del Estado y la totalidad de las actividades relacionadas con la administración de los asuntos del mismo.

Lo que ocurre es que la palabra “política” ha venido a tomar un sentido peyorativo, al fírsela apropiando los partidos y grupos de tal manera que, en muchas ocasiones, se la utiliza más que en interés de la comunidad social, en beneficio de los intereses de los partidos.

Con relación al Real Decreto-Ley 10/1977, ha de considerarse, ante todo, su finalidad y la época de promulgación para hallar su verdadero sentido. Pero este criterio de oportunidad, ante una situación política muy concreta, no podía ser indefinidamente alargado en el tiempo, por cuanto la propia evolución social la había superado ampliamente.

Hecha esta consideración, la Exposición de Motivos confundía a las Fuerzas Armadas como Institución, que ha de permanecer al margen del juego de los partidos políticos, y la esfera de las libertades de las personas físicas que las constituyen. La misión de las Fuerzas Armadas y su asepsia partidista como Institución no significa, en ningún caso, que sus miembros tengan mayor o menor respeto a las opciones políticas al mostrar públicamente su preferencia por alguna.

Dudosamente constitucional era también el artículo 2.1 en cuanto afiliación, colaboración o apoyo a organización política (no a la sindical, vid, *supra*) por el reiterado principio de la reserva material a una Ley Orgánica, y precisamente este rango, en virtud del artículo 81.1 de la Constitución.

Había de entenderse derogado antes de la forma expresa con que se hace de todo el texto por la Ley 17/1989, de 19 de julio, el artículo 2.3 de este Decreto (prohibición de asistencia a reuniones de carácter político) por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, que permite, *sensu contrario*, la asistencia del personal militar a cualquier tipo de reunión, incluso política (art. 4.4).

Cuestión distinta es que el militar interviniera en ellas manifestando públicamente su condición, bien mediante colaboración o apoyo públicos o afiliación a grupos o partidos políticos. Efectivamente, aunque el militar goza de la condición de funcionario público al servicio de la administración del Estado, las Fuerzas Armadas son algo más que la Administración, en palabras de Herrero de Miñón, y ese "algo más" impone, ciertamente, a sus componentes un deber de exquisita neutralidad partidista pública.

Pero este deber de neutralidad no significa la pérdida de la condición de ciudadano del militar. La neutralidad ha de ser interpretada, en tal caso, como una limitación, y no privación, por lo que habrían de contemplarse por la legislación fórmulas menos radicales que las del artículo 5.1 (situación de retirado para Jefes, Oficiales y Suboficiales) y 5.2 (pase a la situación especial para Oficiales Generales) del Real Decreto-Ley 10/1977.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional contempla en su artículo 100, apartado 1, párrafo b) la situación de excedencia —considerablemente menos radical— cuando el militar de carrera sea designado como candidato a elecciones para órganos representativos públicos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Queda, sin embargo indefinido si la excedencia voluntaria de estos casos ha de ser solicitada por el militar en el momento de la formalización de la candidatura o habrá de concederse de forma automática, por cuanto el artículo 100 no hace una distinción en este caso y, por ejemplo, cuando la excedencia sea por interés particular, lo que seguramente vendrá determinado en ulterior desarrollo reglamentario (31)

El párrafo 4 de este artículo 100 establece un período de dos años para la incorporación al servicio activo bien desde el final del mandato si resulta

(31) Esta cuestión habrá de ser suficientemente matizada, habida cuenta de su represión a efectos disciplinarios del artículo 9.28 de la Ley Orgánica 12/1983, de Régimen Disciplinario.

elegido o, si no lo fuera, dos años a partir del momento de la concesión del pase de situación.

Es, por último, interesante el apartado 9 de este artículo, que recoge que “dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las Leyes penales y disciplinarias militares”, lo cual aparece en la intención del legislador como un refuerzo a la posición de independencia y libertad de pensamiento con que se han de desarrollar bien las elecciones o la ulterior actividad política durante el mandato.

En cualquier caso, y aun cuando el Proyecto citado prevé su derogación, ha de predicarse a este respecto la inconstitucionalidad sobrevenida de este Real Decreto en los términos vistos más arriba, así como del artículo 182 de las Reales Ordenanzas, al ser necesaria una Ley Orgánica para el desarrollo del ejercicio de este derecho fundamental, en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria tercera de la Constitución, en relación con el artículo 81.1 de este Texto.

### III. CONCLUSIONES FINALES

Por último, y resumiendo las condiciones parciales que hemos apuntado a lo largo de este trabajo, sostenemos la inconstitucionalidad del artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en cuanto proclama su potestad para limitar derechos fundamentales, así como los artículos 175, último párrafo, 178, 179 y 182 por las razones esgrimidas con ocasión de su estudio individualizado, en paralelo a los correspondientes artículos de la Constitución.

Tras este análisis de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en las Reales Ordenanzas (en paralelo a la Sección primera del capítulo segundo, Título I de la Constitución), concluimos que es necesaria una solución al problema, que pasaría bien por una Ley Orgánica que defina las limitaciones que han de establecerse a los militares de carrera, de empleo o en servicio militar, pero que recoga en profundidad todos y cada uno de los derechos y libertades que sean afectados y marque estrictamente los límites de su ejercicio, o bien en las propias Leyes Orgánicas desarrolladoras de estos derechos, actualmente en vigor, se introdujeran reformas al efecto, antes que los avatares de la vida cotidiana vengán, en estas cuestiones, a sorprender y perturbar la normal actividad de las Fuerzas Armadas.

Está fuera de discusión la necesidad de su limitación, por el fin de la propia Institución, pero en materia de derechos fundamentales y libertades

públicas conviene no dejar lagunas y capítulos en blanco, por cuanto que el mal que esto acarrea es indudablemente superior a las incomodidades que su regulación y puesta en práctica pudieran conllevar.

## NOTA SOBRE EL INTERNAMIENTO EN LA LEY ORGANICA 2/ 1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR

Juan María VACA SANCHEZ DEL ALAMO  
*Profesor titular de la Escuela Universitaria  
de Estudios Empresariales de Jerez.*

*Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Caja de Ahorros de Jerez.*

### SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. EL INTERNAMIENTO EN EL PROCESO MILITAR.

1. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. 2. El Internamiento durante el Sumario. 3. El Internamiento como consecuencia de la Prueba Pericial. 4. El Internamiento en la ejecución de Sentencias. 5. El Internamiento durante las Diligencias Preparatorias-Procedimientos Especiales.

#### I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad jurídica del internamiento de un presunto incapaz es objeto de regulación en el vigente Código Civil en el Título IX —De la incapacitación— que fue íntegramente modificado por la Ley 13/1983 de reforma del mismo en materia de tutela.

El artículo 211 determina que para el internamiento de un presunto incapaz se requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez —continúa el citado artículo— tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 269.4 —obligación del tutor de informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración—, el Juez, de oficio, recabará

información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea conveniente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevenida en el párrafo anterior y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Igualmente se ocupan de la figura del internamiento los artículos 17, 24. 1 y 25 de la vigente Constitución, el artículo 2º.2 de la Ley 13/1983 de reforma del Código Civil y el artículo 8º. 1, 2, 3, del vigente Código Penal, debiéndose tener igualmente en cuenta en esta materia la circular de la Fiscalía General del Estado 2/1984, de 8 de junio, sobre internamiento de incapaces presuntos e igualmente la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "habeas corpus"—*B.O.E.* de 26 de mayo.

## II. EL INTERNAMIENTO EN EL PROCESO MILITAR

### 1. *La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar*

Objeto particular de nuestro estudio va a ser el internamiento en el proceso militar que ha sido regulado en determinados artículos por la Ley procesal militar (*Ley Orgánica 2/1989*) *B.O.E.*, 28 abril 1989.

La citada ley que se caracteriza, según su Exposición de motivos, por la acentuación de las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito ha introducido como novedades más importantes las siguientes: la asistencia letrada desde el primer momento en que pueda surgir una imputación respecto a persona determinada, las figuras de acusador particular y actor civil, así como el establecimiento, aunque con matizaciones propias de la jurisdicción castrense, del principio de igualdad de partes en el proceso penal.

En los artículos 156, 183, 354 y párrafos 3, 4 y 5 del artículo 391 se prevé la figura del internamiento dentro de la nueva configuración del proceso militar.

Los mencionados artículos van a ser el principal objeto de este trabajo.

### 2. *Internamiento durante el sumario*

Dentro del Libro II de la Ley —que trata de los Procedimientos Ordinarios Militares— y en el capítulo II, —de la identificación del delincuente y de la comprobación del delito— del título II —regulador del sumario— está prevista la figura del internamiento.

El artículo 156 de la citada Ley prevé que si el Juez Togado a lo largo de las actuaciones y diligencias encaminadas al esclarecimiento y comproba-



ción del delito, advirtiéndose en el inculpado indicios de enajenación mental o las partes — cualesquiera de ellas— lo solicitara se someterá a observación de dos médicos psiquiatras para lo cual podrá acordar su internamiento en un establecimiento psiquiátrico por un plazo máximo de tres meses.

No concreta la Ley si el establecimiento psiquiátrico ha de ser dependiente de cualquier hospital militar o de la red hospitalaria de la Seguridad Social, así como tampoco el carácter civil o militar de los dos médicos militares que han de observar en el plazo indicado de tres meses al inculpado con claros indicios de enajenación mental.

La información y el dictamen de los médicos habrá de ser fundada y concretará en lo posible el grado de conciencia y libertad de la persona de que se trata, si se encontraba en el momento de la comisión del acto delictivo en el pleno o parcial ejercicio de sus facultades intelectivas o volitivas y cualquier otro dato que pueda afectar a su responsabilidad criminal.

Desde el punto de vista práctico se plantea el problema de si la locura admite o no graduaciones o matices en relación con la capacidad: el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 5 de marzo de 1947 admite la existencia de una locura relativa o parcial, que sólo aparejará limitación de la capacidad en la medida que las circunstancias concurrentes lo aconsejen, a juicio del Juez o Tribunal. Cabe incluso valorar jurídicamente los efectos más o menos transitorios de una situación fáctica de anormalidad mental.

El dictamen de los expertos deberá concretar además si el inculpado debe quedar o no internado en el establecimiento psiquiátrico en el cual permanece internado desde que el Juez Togado o alguna de las partes en el proceso lo solicitare. A la vista del mencionado informe, el Juez Togado adoptará alguna de las siguientes medidas:

a) Si los médicos han dictaminado que el inculpado debe continuar internado las alternativas son las siguientes:

- a.1. Continuación de la situación de internamiento si la situación personal del inculpado fuera la de prisión preventiva.
- a.2. Mantenerlo internado si la situación del inculpado fuera la de prisión atenuada o libertad provisional en tanto se adopte, para este segundo supuesto, resolución por el Juez ordinario a quien se dará traslado de inmediato de testimonio de particulares a los fines del artículo 211 del Código Civil.

b) Si los psiquiatras hubiesen determinado en su dictamen que el inculpado no debe quedar internado en el establecimiento psiquiátrico el Juez Togado adoptará la decisión que resulte pertinente revocando, no obstante,

el internamiento provisional al que estaba sometido a los concretos fines de observación por los médicos.

Todas las anteriores medidas hay que entenderlas obviamente sin perjuicio de las facultades conferidas a los Tribunales Militares por los artículos 8. 1º, párrafos segundo y tercero y 9. 1º, párrafo segundo del Código Penal que textualmente transcribimos:

“Cuando el enajenado hubiese cometido un hecho que la ley sancionase como delito el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal”. —Art. 9, circunstancia 1º.

Cuando el Tribunal Sentenciador lo estimase procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento por alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- b) Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale.
- c) Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerla, con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale.
- d) Presentación mensual o quincenal ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.

No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.”

Prevé, también el último párrafo del artículo objeto de examen que la demencia sobrevenga al inculpado después de cometido el delito. En este caso se continuarán las actuaciones hasta la conclusión del sumario sin perjuicio de adoptar en su momento las medidas que exijan el estado de salud del procesado, incluso su ingreso en un establecimiento sanitario adecuado, conforme a las reglas anteriormente establecidas, pudiéndose acordar después la suspensión y archivo provisional del sumario ya concluso, sin per-

juicio de su reapertura y continuación si el demente recobrarla la salud y no hubiere prescrito aún la acción.

### *3. El internamiento como consecuencia de la prueba pericial.*

En el artículo 183 del capítulo V del mismo título anterior — De la prueba pericial— se prevé igualmente el internamiento.

Establece la nueva Ley Procesal que siempre que para conocer, hacer constar o apreciar algún hecho o circunstancia de interés en la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales o técnicos se acordará el informe pericial.

Este servicio se prestará preferentemente por peritos militares. En defecto de ellos se acudirá a los titulados que hubiera donde se siga la causa y en última instancia a personas que reúnan conocimientos prácticos.

El examen pericial habrá de hacerse por un solo perito a no ser que la complejidad de la materia sobre la que versé la pericia aconseje que se realice por dos, o cuando así lo acuerde el Juez Togado o lo soliciten las partes, como en los casos antes examinados y previstos en el artículo 156 de la Ley.

El perito médico —establece el artículo 183— procederá, previa a la autorización del Juez Togado o del Tribunal Militar ante quien actúe, al reconocimiento psíquico o somático de la persona de que se trate, que se someterá al reconocimiento médico siempre que no produzca peligro para la salud.

Si el perito médico solicitase el internamiento de la persona podrá acordarse así, oyendo al Fiscal y demás partes personadas, en una institución hospitalaria o de asistencia, adecuada para ser sometida a examen y observación o para llevar a cabo el dictamen sobre su estado de salud mental.

### *4. El internamiento en la ejecución de sentencias*

El título V de la Ley —De la ejecución de sentencias— contiene un capítulo II que versa sobre la ejecución de las penas privativas de libertad.

El artículo 354 dentro del mencionado capítulo prevé que cuando el sentenciado haya de ser internado en un establecimiento psiquiátrico, u hospitalario, se interesará por el Tribunal de la Autoridad Militar o Gubernativa más cercana a su domicilio, según corresponda, el destino al mismo y, conducido que sea a éste, se remitirá por el órgano judicial al Director del establecimiento un testimonio de la parte dispositiva de la sentencia o del acuerdo en que se decreta el internamiento, con relación de circunstancias y señas personales para su cumplimiento y constancia en el historial clínico del enfermo.

Además se comunicará al propio Director que en ningún caso ha de autorizar la salida del interno sin el previo permiso del Tribunal.

El Tribunal hará un seguimiento del internado, recabando cada seis meses del establecimiento psiquiátrico hospitalario un informe sobre la situación clínica del enfermo.

Igualmente se establece la obligación por parte del establecimiento médico-psíquico u hospitalario de comunicar al Tribunal cualquier tipo de incidencia que se produzca en relación con la persona internada.

##### 5. *El internamiento durante las Diligencias Preparatoria* Procedimientos Especiales

Finalmente el libro III de la Ley trata sobre los Procedimientos Especiales y como procedimiento especial se regulan las Diligencias Preparatorias para conocer determinados delitos —Título I— como los delitos de deserción y determinados delitos de quebrantamiento del deber de presencia y los de los fraudes cometidos con ocasión de aquéllos, en los que se acentúa su rapidez sin mengua de las garantías del imputado y en el que no se dictará auto de procesamiento, pudiéndose acordar la prisión preventiva en casos especiales.

El sumario resulta brevísimo y las pruebas han de practicarse todas en el acto de la vista. Con tal procedimiento en el plazo de dos meses desde que el imputado esté a disposición judicial podrá recaer sentencia.

Dentro del capítulo II, que trata de las Diligencias Preparatorias los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 391 previenen igualmente la figura del internamiento de la forma que seguidamente se detalla.

Establece el mencionado artículo que las diligencias efectuadas se pondrán de manifiesto al Fiscal Jurídico militar y defensor del inculcado, para que en el plazo común de tres días, puedan solicitar la práctica de otras nuevas, que si son por el Juez Togado, se llevarán a cabo en el plazo de diez días.

Sólo se practicarán en este trámite las pruebas que por su especial complejidad no puedan serlo en la vista.

Si la prueba solicitada fuera la pericial médica sobre la inimputabilidad del inculcado, el Instructor podrá acordar el internamiento de éste en un establecimiento sanitario militar y designará a un facultativo del mismo para que proceda, por el plazo mínimo necesario, que no podrá exceder de diez días, al estudio y reconocimiento de aquél, limitándose en este momento la práctica de dicha prueba a la preparación de la misma, a fin de que las

conclusiones del reconocimiento del inculpado puedan ser puestas de manifiesto por el perito susodicho en el acto de la vista.

No obstante lo anterior—continúa el precepto indicado— cuando a juicio del facultativo apareciese de forma indubitada la inimputabilidad del sometido a reconocimiento, emitirá el informe pericial, que remitirá al Juez Togado en el plazo señalado en dicho párrafo.

Cuando no aparezca de forma clara y precisa la falta de responsabilidad del inculpado, el facultativo conservará el informe pericial en su poder para tenerlo a su disposición y presentación en el acto de la vista. La preparación de esta prueba podrá acordarse de oficio por el Juez Togado.

El último párrafo del artículo citado establece que a los efectos que se han indicado, en los hospitales y clínicas militares que se encuentren en la misma localidad donde tengan su sede los Tribunales Militares Territoriales, existirá al menos un Médico Psiquiatra que, sin perjuicio de las demás funciones que tengan encomendadas en los mismos, desempeñará preferentemente el cometido especificado con anterioridad.

### **3. INFORMACION**

## NOTA SOBRE LA LEGISLACION PORTUGUESA EN MATERIA DE OBJECION DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Antonio MILLAN GARRIDO  
*Comandante Auditor*  
*Catedrático de las Universidad de Cádiz*

### SUMARIO

1. Los principios constitucionales y su desarrollo legal y reglamentario.— 2. Contenido normativo: A. El derecho de objeción de conciencia en el Ordenamiento jurídico portugués.— B. Normas sobre procedimiento para ser reconocido objetor.— C. Configuración básica del servicio sustitutorio.— Anexo: Decreto Ley 91/1987, de 27 de febrero, regulador del servicio civil del objetor de conciencia.

1. *La Constitución de la República portuguesa de 2 de abril de 1976* reconoce el derecho de objeción de conciencia al servicio militar en sus artículos 41 y 276.

En el artículo 41, dedicado a la libertad de conciencia, religión y culto, "se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, quedando los objetores obligados a prestar servicio no armado con duración idéntica a la del servicio militar obligatorio" (parr. 5).

El artículo 276, tras establecer que la defensa de la Patria es deber fundamental de todos los portugueses, así como la obligatoriedad del servicio militar, en los términos y por el período que la ley establece, prevé que "quienes sean considerados no aptos para el servicio militar armado y los objetores de conciencia prestarán servicio militar sin armas o servicio civil, de acuerdo con su condición" (parr. 3). Consecuentemente, "se podrá establecer el servicio civil en sustitución o complemento del servicio militar y convertirlo en obligatorio por ley para los ciudadanos no sujetos a deberes militares" (parr. 4).

Estos preceptos, que ponían fin al sistema represivo imperante con anterioridad, tardaron en ser objeto del imprescindible desarrollo legislativo, si bien, en marzo de 1979, el General Ramalho Eanes, en su condición de Jefe del EMGFA, dictó una Orden regulando provisionalmente el procedimiento de alegación del derecho de objeción de conciencia (1).

La regulación definitiva sería la contenida en la *Ley 6/1985, de 4 de mayo, sobre el Estatuto del Objeto de Conciencia contra el servicio militar obligatorio* (EOC), de la que contamos con una oportuna versión castellana debida a Gonzalo N. de Aranda y José Ruiz Ferro (2).

Esta norma básica fue, posteriormente, desarrollada, en lo que a la prestación cívica sustitutoria respecta, por *Decreto Ley 91/1987, de 27 de febrero, regulador del servicio civil del objeto de conciencia* (RSC). Su texto, facilitado por la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (Ministerio de Justicia), lo insertamos, como anexo, a continuación de esta nota de legislación extranjera.

2. Del contenido de la normativa portuguesa en materia de objeción de conciencia al servicio militar, nos limitamos a un breve apunte —con alcance marcadamente informativo— de sus principios básicos y rasgos esenciales, siguiendo, para ello, la estructura de los textos emanados de los órganos supranacionales europeos y, más concretamente, de la última Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (3).

A. El *principio básico*, consistente en el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar, se recoge, según hemos visto, en la propia Constitución portuguesa, que consagra este derecho de modo absoluto y condicionado.

Se considera que el reconocimiento de la objeción de conciencia es absoluto, en cuanto confiere al objeto la posibilidad de integrarse en un servicio civil, independiente de la estructura militar del Estado. El legislador portugués ha entendido, en efecto, “por servicio cívico adecuado a la

(1) Cfr. “Informe sobre la objeción de conciencia”, por la Sección de Prensa de la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales de la Defensa, en *Reconquista*, 3ª época, núm. 399 (1983), p. 9.

(2) *Vid.* “Portugal: Ley número 6/1985, de 4 de mayo, sobre el Estatuto del Objeto de Conciencia contra el servicio militar obligatorio”, en *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), pp. 2497-2512.

(3) *Vid.* “Consejo de Europa: Recomendación número R. (87) 8, del Comité de Ministros, a los Estados miembros relativa a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio”, trad. de A. Millán Garrido, en *Revista General de Derecho*, núm. 524 (1988), pp. 2921-2923.



situación de objetor de conciencia aquél que, siendo exclusivamente de naturaleza civil, no esté vinculado o subordinado a instituciones militares o militarizadas” (art. 4.1 EOC).

Es, por otra parte, un reconocimiento condicionado, en cuanto “la situación de objetor de conciencia se adquiere por decisión judicial”, tras un procedimiento legalmente establecido (art. 9 EOC).

Por lo demás, el derecho de objeción de conciencia viene configurado en el Ordenamiento jurídico portugués como un derecho constitucional, autónomo y excepcional.

- a) Es un derecho constitucional, desde el momento que a su reconocimiento se ha conferido el máximo rango normativo. Lo que, en nuestro contexto sociocultural, sólo acontece en los Ordenamientos de Austria, España, Holanda y la República Federal de Alemania.
- b) Es un derecho autónomo, porque se encuentra expresamente reconocido en el Ordenamiento jurídico, con independencia de su relación sustancial con otros derechos o libertades fundamentales, más concretamente con la libertad ideológica o de conciencia, cuya consagración constitucional no puede suponer, sin más, un reconocimiento implícito y general de la objeción de conciencia. La propia referencia a este derecho en el artículo 41.5 de la Constitución, después de declarar “inviolable la libertad de conciencia, religión y culto” (art. 41.1), apoya la tesis de que la objeción de conciencia es un derecho autónomo, no deducible directamente del derecho fundamental de libertad ideológica y que, por ello, requiere un reconocimiento expreso para cada una de sus posibles manifestaciones.
- c) Es, por último, la objeción de conciencia un derecho excepcional, que supone “la exención del servicio militar, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra” (art. 1.2 EOC). Corresponde tal exención a “los ciudadanos convencidos de que, por motivos de orden religioso, moral o filosófico, no les es legítimo usar medios violentos de cualquier naturaleza contra sus semejantes, ni siquiera para fines de defensa nacional, colectiva o personal” (art. 2 EOC).

Parte, en este punto, la normativa portuguesa de un planteamiento diverso del de aquellas otras legislaciones —como la española— en las que lo que justifica la exención del servicio militar no es la propia naturaleza de las convicciones del ciudadano, sino la incompatibilidad entre tales convicciones y las actividades militares, la que podrá darse aun cuando el objetor no sea, en las relaciones privadas, contrario al

uso de la violencia (4). Tal planteamiento, aparte de propiciar la investigación de la conducta "anterior del interesado en coherencia con la convicción alegada", supone limitaciones en el propio estatuto del objetor que, como en otros Ordenamientos, no se consideran contrarias al principio de igualdad (art. 10 EOC).

a) Así, el objetor de conciencia queda incapacitado para desempeñar cualquier función pública o privada que atribuya el uso o licencia de armas de cualquier naturaleza, ser titular de licencia administrativa de armas, asimismo de cualquier naturaleza, ser titular de autorización para el uso y licencia de armas de defensa cuando por ley no se disponga otra cosa y trabajar en la fabricación, reparación o comercio de armas de cualquier naturaleza o en la fabricación o comercio de las correspondientes municiones, así como trabajar en investigación científica relacionada con dichas actividades.

La infracción por el objetor de tales prohibiciones "será castigada con la pena correspondiente al delito de desobediencia calificada" (art. 12 EOC).

b) Se cesa en la situación de objetor de conciencia "en virtud de condena judicial a pena de prisión superior a un año por delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad de las personas, contra la paz pública y contra el Estado, y por delitos de peligro común, en los términos previstos y penados en el Código Penal" (art. 13.1.b, EOC).

B. En cuanto al *procedimiento*, que es gratuito, presenta el particularismo en Derecho comparado de su naturaleza judicial, siendo un Tribunal ordinario —el de la comarca de residencia del actor— el órgano que reconoce la objeción (art. 16 EOC). En relación al reconocimiento, cabe constatar, en la legislación portuguesa. Como otros extremos de interés:

a) El derecho de los ciudadanos a ser adecuadamente informados de la normativa reguladora del derecho de objeción de conciencia, "particularmente en el acto de la inscripción militar" (art. 3 EOC).

Este derecho de información, que, entre otros objetivos, pretende evitar determinados supuestos de objeción "sobreenvenida", es específicamente postulado en la Recomendación R. (87) 8, según la cual, "para una aplicación eficaz de los principios y normas de esta reco-

(4) Vid., sobre la exigencia del rechazo al uso de la violencia física en las relaciones privadas, Peláez Albendea, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1988, pp. 85-89.

mendación, la persona sujeta a obligaciones militares debe ser previamente informada de sus derechos. A tal efecto, el Estado facilitará la información adecuada o permitirá que lo hagan las organizaciones privadas interesadas en asegurar la difusión necesaria”.

- b) La solicitud de reconocimiento —que tiene efectos suspensivos (art. 18 EOC)— “será presentada a partir del año de la inscripción hasta treinta días antes de la fecha en que el ciudadano debe quedar sujeto a revisión a efectos de clasificación y selección” (art. 17 EOC).
- c) El reconocimiento como objetor se dilucida en un proceso, con intervención del Ministerio Público (art. 20 EOC), en el que el solicitante debe comenzar alegando sus motivos de conciencia y “los hechos demostrativos de la coherencia del comportamiento del actor con aquellos motivos” (art. 19 EOC), estando prevista su declaración “bajo juramento”, así como testimonios de “los padres, tutores, profesores, entidades patronales o compañeros del actor y de todas las demás personas cuya audiencia parezca útil en orden a la apreciación de lo solicitado” (art. 22 EOC). El Tribunal puede, asimismo, solicitar cuantos dictámenes periciales crea oportunos y recabar la información que precise “a cualesquiera autoridades o entidades, públicas o privadas” (art. 23 EOC).

El procedimiento concluirá con una resolución que conferirá al solicitante el estatuto de objetor de conciencia cuando de los hechos probados se deriven la sinceridad de la convicción personal del interesado acerca de la ilegitimidad de usar medios violentos de cualquier naturaleza contra sus semejantes, aun para fines de defensa nacional, colectiva o personal, la fundamentación de esa convicción en motivos de orden religioso, moral o filosófico y que el comportamiento anterior del interesado responde a la convicción alegada ante el Tribunal (art. 24 EOC).

Cuando “fuera manifiesto que el actor formuló la solicitud sin una sincera convicción fundada en razones de orden religioso, moral o filosófico, además de por motivos egoístas, temor al riesgo, pereza u otras equivalentes, será condenado con multa como litigante de mala fe y a las costas del proceso” (art. 26 EOC).

- d) Conforme a la Recomendación R. (87) 8, según la cual, “el solicitante debe poder recurrir contra la decisión en primera instancia”, la resolución del Tribunal es recurrible, confiriéndose al recurso efectos suspensivos (art. 25 EOC)
- e) Como se ha indicado, el plazo para solicitar la exención del servicio

militar finaliza treinta días antes del previsto para la revisión clasificatoria, sin que la legislación portuguesa —como los restantes Ordenamientos comunitarios, con las excepciones de Holanda y la República Federal de Alemania— prevea el reconocimiento de la denominada objeción de conciencia sobrevenida.

C. Respecto al *servicio sustitutorio*, ya hemos señalado que, según la legislación portuguesa, “se entiende por servicio cívico adecuado a la situación del objetor de conciencia aquél que, siendo exclusivamente de naturaleza civil, no esté vinculado o subordinado a instituciones militares o militarizadas y que constituya una participación en tareas necesarias para la colectividad” (art. 4.1 EOC).

Los sectores en que ha de realizarse el servicio civil son variados (arts. 4.2 EOC y 2.1 RSC), pudiendo “también ser prestado en territorio extranjero, al amparo de acuerdos de cooperación en los que Portugal sea parte, siempre que, al efecto, sea prestado consentimiento expreso por el objetor” (art. 4.3 EOC).

El servicio civil depende, a través del Gabinete del Servicio Civil de los Objetores de Conciencia, de la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros (art. 6 RSC), aunque la gestión está delegada desde el 9 de octubre de 1987 en el Ministerio Adjunto de la Juventud.

- a) En cumplimiento del principio estatutario, según el cual “el servicio cívico a prestar por los objetores de conciencia tendrá la duración y penosidad equivalentes a los del servicio militar armado” (art. 5 EOC), establece el RSC que la prestación sustitutoria “tendrá una duración máxima equivalente al servicio militar obligatorio para la Armada y Fuerza Aérea y mínima equivalente al servicio militar obligatorio en el Ejército” (art. 3.1). La duración, pues, del servicio civil en Portugal, aún por concretar, estará entre los dieciseis y los veinticuatro meses.
- b) La legislación portuguesa (arts. 6 EOC y 13-14 RSC) cumple satisfactoriamente el principio 11º de la Recomendación R. (87) 8, según el cual “el objetor de conciencia que cumple el servicio sustitutorio debe tener los mismos derechos, sociales y económicos, que quien cumple el servicio militar”.
- c) Finalmente, por lo que al régimen penal respecta, incurre en la pena de hasta dos años de prisión y multa “aquél que, habiendo obtenido el estatuto de objetor de conciencia, se niegue a la prestación del servicio

cívico" (art. 8.1 EOC). En igual pena "incurre el objetor de conciencia que abandone el servicio cívico a que está obligado, teniéndose siempre en cuenta, en la correspondiente dosimetría, el tiempo de servicio prestado" (art. 8.2 EOC).

## *Anexo*

### DECRETO LEY 91/1987, DE 27 DE FEBRERO, REGULADOR DEL SERVICIO CIVIL DEL OBJETOR DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia constituye un derecho de los ciudadanos, previsto constitucionalmente, que les permite rehusar la prestación del servicio militar obligatorio, sustituyéndolo por la prestación de un servicio civil igualmente obligatorio.

La Ley 6/1985, de 4 de mayo, establece las normas de acceso al ejercicio del derecho de objeción determinando los medios procesales y las condiciones de prestación del servicio civil.

Siendo necesario desarrollar tal disposición y observando los límites en ella fijados, el Gobierno determina su ejecución de una forma análoga al servicio militar, pero sin que haya ningún punto de contacto entre la institución militar y la estructura del servicio, esencialmente civil y no armado, en el sentido que le da la Constitución.

En aras a una preocupación de no generar injusticias, pero a la vez de no perjudicar a los jóvenes, los principales criterios de esta norma se cifran en crear las condiciones para que los objetores de conciencia, cuya posición está determinada filosófica, religiosa o moralmente, no sean perjudicados en su convicción de rechazo a la prestación del servicio militar armado.

De esta manera, y dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 6/1985, de 4 de mayo, el Gobierno decreta, en los términos del apartado c) del número 1 del artículo 201 de la Constitución, lo siguiente:

*Artículo 1 (Ambito de objeción).—* 1. Los ciudadanos que adquieran el estatuto de objetor de conciencia en los términos de la Ley 6/1985, de 4 de mayo, prestarán un servicio civil adecuado a esa situación, en los términos previstos en esta norma y demás legislación aplicable.

2. El servicio civil tiene ámbito nacional.

*Art. 2 (Sector de prestación del servicio civil y entidades).—* 1. El servicio civil se realizará preferentemente en los sectores siguientes:

- a) Asistencia a hospitales y otros establecimientos de salud.
- b) Detección de enfermedades y acciones en defensa de la salud pública.
- c) Lucha contra el tabaquismo, el alcohol y la droga.
- d) Asistencia a minusválidos, niños y ancianos.
- e) Prevención y lucha contra incendios y socorro a náufragos.
- f) Asistencia a poblaciones siniestradas por inundaciones, terremotos, epidemias y otras calamidades.
- g) Primeros auxilios en casos de accidentes de circulación o que involucren transportes colectivos.
- h) Mantenimiento, repoblación y conservación de parques, reservas naturales y otras áreas protegidas.
- i) Mantenimiento y construcción de carreteras y caminos de interés local.
- j) Protección del medio ambiente y del patrimonio cultural y natural.
- k) Colaboración en acciones de estadística civil.
- l) Colaboración en acciones de alfabetización y promoción cultural.

2. A la prestación del servicio civil en el territorio extranjero le será aplicable las disposiciones en vigor para el servicio de cooperación.

3. La prestación del servicio civil a que se refiere el número anterior dependerá del consentimiento expreso del objetor de conciencia.

Art. 3 (*Duración*).— 1. El servicio civil a prestar por los objetores de conciencia tendrá una duración máxima equivalente al servicio militar obligatorio para la Armada y Fuerza Aérea y mínima equivalente al servicio militar obligatorio en el Ejército.

2. Por resolución del Primer Ministro se determinará la duración del servicio civil, teniendo en cuenta los límites temporales establecidos en el número anterior.

Art. 4 (*Estructura del servicio civil*).— 1. Las obligaciones correspondientes del servicio se inician con la adquisición del estatuto de objetor de conciencia y se mantienen hasta el 31 de diciembre del año en que el objetor cumple cuarenta y cinco de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley 6/1985, de 4 de mayo.

2. El servicio civil para los objetores de conciencia comprende las situaciones siguientes:

- a) Reserva de reclutamiento (disponibilidad).
- b) Servicio civil efectivo normal.

- c) Reserva de disponibilidad inmediata.
- d) Reserva activa.
- e) Reserva general.

3. La reserva de reclutamiento está constituida por los ciudadanos desde que obtienen el estatuto de objetor hasta su incorporación efectiva.

4. El servicio civil efectivo normal comprende la prestación del servicio civil desde la incorporación hasta el pase a la reserva de disponibilidad inmediata.

5. La reserva de disponibilidad inmediata se inicia con la terminación de la prestación del servicio civil efectivo normal y termina cuando se completan seis años tras el pase a esta situación, pudiendo los objetores de conciencia, durante este período, ser llamados a la prestación del servicio civil extraordinario, en los términos del artículo siguiente.

6. La reserva activa se forma con los ciudadanos que terminan la reserva de disponibilidad inmediata y acaba el 31 de diciembre del año en que cumplen los cuarenta de edad.

7. La reserva general se inicia al término del período anterior y se extiende hasta el final de las obligaciones del servicio civil al 31 de diciembre del año en que cumplen los cuarenta y cinco años de edad.

**Art. 5 (Servicio civil extraordinario).—** 1. Se puede decretar una movilización extraordinaria, de ámbito regional o nacional, de los objetores hasta seis años después de finalizar la prestación del servicio civil efectivo normal, tanto para fines de reciclaje como para la prestación de un nuevo servicio civil en caso de guerra, estado de sitio o de emergencia.

2. El reciclaje a que se refiere el número anterior tendrá una duración máxima de un mes.

**Art. 6 (Gabinete del Servicio Civil de los Objetores de Conciencia).—** 1. Se crea, dependiendo de la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Gabinete del Servicio Civil de los Objetores de Conciencia, en adelante designado por GSCOC, que dispondrá de organización propia y de una dotación de personal aprobada por resolución del Primer Ministro y del Ministro de Hacienda.

2. El GSCOC estará dirigido por un Director, con categoría de Director de Servicio.

3. El GSCOC integra un servicio de registro y catálogo, un servicio de organización y colocación y una sección de apoyo administrativo.

4. El Estatuto de personal del GSCOC será el fijado en la Ley general para el funcionamiento público.

Art. 7 (*Competencias del GSCOC*)

- a) Planificar, organizar y coordinar, a nivel nacional todo lo relativo al servicio civil, a que se refiere el presente Decreto Ley.
- b) Elaborar el registro general de los objetores de conciencia, a través de la inscripción de los ciudadanos declarados objetores de conciencia, y mantener actualizado un fichero de recursos humanos disponibles, con indicación de datos biográficos, elementos aportados por los órganos de reclutamiento militar competentes, e indicaciones de las capacidades, sectores preferentes de actuaciones y datos obtenidos en las pruebas de clasificación y selección.
- c) Elaborar y mantener actualizado un fichero de los organismos disponibles para recibir prestadores del servicio civil.
- d) Solicitar a los organismos señalados en el apartado anterior el envío al GSCOC, antes del 31 de diciembre de cada año, de una relación del número de objetores de conciencia que puedan recibir en el año siguiente y de los sectores, dentro del ámbito de los enumerados en el número 1 del artículo 2 del presente Decreto-ley, en que los objetores podrán prestar el servicio civil.
- e) Clasificar y seleccionar los objetores de conciencia con vistas a su posterior adscripción.
- f) Determinar la adscripción de los objetores de conciencia para la prestación del servicio civil.
- g) Atender permanentemente la prestación del servicio civil por los objetores de conciencia.
- h) Asegurar los procedimientos adecuados ante la falta de presentación del objetor a la inscripción en el caso de rechazo o abandono de la prestación del servicio civil.
- i) Custodiar el expediente y obtener toda la información necesaria para la concesión del régimen de protección, aplazamiento, interrupción, sustitución o dispensa del servicio.
- j) Emitir la tarjeta de identificación y la cartilla civil del objetor de conciencia, en los modelos a aprobar por resolución del Primer Ministro.

2. El funcionamiento del GSCOC será objeto de regulación propia mediante resolución del Primer Ministro.

Art. 8 (*Procedimiento*).— 1. Los órganos de reclutamiento militar com-



petentes, tras la comunicación por el Tribunal de la sentencia que atribuya el estatuto de objetor de conciencia, en los términos del artículo 24 de la Ley 6/1985, de 5 de mayo, enviarán en plazo de treinta días el respectivo expediente al GSCOC, a los efectos de clasificación individual de cada objetor.

2. Los órganos de reclutamiento militar competentes enviarán al GSCOC, en el último día de cada trimestre, relación de los ciudadanos que solicitaron la objeción de conciencia.

3. Tras la recepción de las comunicaciones de los órganos de reclutamiento militar competentes a que se refiere el número 1, el GSCOC, en el plazo máximo de quince días, deberá enviar escrito registrado al objetor de conciencia informándole de su sujeción a las obligaciones del servicio cívico.

4. El escrito citado en el número anterior se acompañará del impreso apropiado, según modelo a aprobar por resolución del Primer Ministro, para ser cumplimentado y devuelto por el objetor al GSCOC, en el plazo de treinta días.

Art. 9 (*Selección*).— 1 Los objetores de conciencia serán agrupados teniendo en cuenta sus intereses formación académica y profesional e informe médico a que se refiere el número 4 de este artículo, en su caso, a efectos de su futura adscripción a un sector y actividad concretos a desempeñar por el objetor.

2. Los objetores de conciencia que sufran de una minusvalía o enfermedad permanentes determinantes de incapacidad física que les impide ejercer todas o algunas de las actividades en que el servicio civil consiste, pueden solicitar del Director del GSCOC la realización de un examen médico.

3. La solicitud será presentada en el plazo de quince días a partir de la fecha de notificación al solicitante de la sentencia definitiva que le reconoció la condición del objetor de conciencia.

4. El examen será efectuado por una comisión médica del centro de salud del área de residencia del solicitante, constituida por el Director del centro de salud como Presidente y por dos facultativos de Medicina general, que elaborará un informe suscrito por los miembros de la Comisión, en el que obligatoriamente constará:

- a) La descripción de la enfermedad o minusvalía permanente del solicitante; y
- b) Las limitaciones que de ellas resulten para el ejercicio de todas o algunas de las actividades citadas en el número 1 del artículo 2º del presente Decreto Ley.

5. Cuando del informe médico no se deduzca incapacidad total, el

solicitante será clasificado útil para el servicio civil, pero la limitación parcial que eventualmente sufra se tendrá en cuenta a los efectos del número 1 de este artículo.

Art. 10 (*Adscripción*).— 1. La asignación a tareas y funciones del servicio civil será hecha en los términos del artículo 7 de la Ley 6/1985, de 4 de mayo.

2. La adscripción deberá ser efectuada en los seis meses siguientes a la inscripción.

3. Se comunicará al objetor de conciencia su adscripción, para que se presente en el lugar en donde deberá prestar su actividad, mediante notificación efectuada con al menos treinta días de antelación.

4. El objetor, fundándose en su ilegalidad, tiene derecho a reclamar contra la adscripción efectuada, en un plazo de diez días, contados a partir de la recepción de la comunicación de adscripción.

5. La reclamación a la que se refiere el número anterior no produce efectos suspensivos y deberá ser objeto de resolución en el plazo de diez días a contar desde la fecha de la respectiva interposición.

Art. 11 (*Cambio a adscripción*). 1. El GSCOC puede proceder al traslado del objetor de conciencia a otro organismo o a su cambio a servicio de otro tipo cuando:

- a) Hubiese variación de las calificaciones técnicas y profesionales.
- b) El organismo en que se encuentra dejase de necesitar de un servicio de la naturaleza del que venía siendo prestado.
- c) El organismo en que se encuentra dejase de considerarse adecuado al servicio civil.
- d) El organismo dejase de necesitar del objetor que cumpla el servicio civil o aquél se mostrase incapaz de realizar el servicio propio del organismo correspondiente.
- e) El cumplimiento del servicio en otro organismo correspondiese mejor a los intereses del servicio civil.
- f) Por estimarse procedente la reclamación a que se refiere el número 4 del artículo anterior.

2. La iniciativa del procedimiento citado en el número anterior corresponde al objetor de conciencia, al organismo en donde está prestando el servicio civil o también el GSCOC y será comunicada a las entidades interesadas.

Art. 12 (*Régimen de prestación del servicio*).— 1. Salvo en lo relativo al régimen salarial, de Seguridad Social y de asistencia sanitaria, los objetores de conciencia están sujetos, en la realización de su servicio civil efectivo normal, al régimen interior y disciplina general de los servicios a que fuesen asignados, sin perjuicio de la competencia disciplinaria legalmente establecida.

2. Los servicios citados en el número 1 deberán comunicar al GSCOC el inicio y cese de funciones de los objetores, en el plazo de cinco días a contar de dichas situaciones, y enviar mensualmente información sobre la respectiva asistencia.

Art. 13 (*Régimen salarial*).— 1. Los objetores de conciencia, en cumplimiento del servicio civil efectivo normal, reciben haber en mano, subsidio de alimentación y subsidio de vacaciones y de Navidad equivalentes a los del soldado que cumple el servicio militar obligatorio, cualquiera que sea la naturaleza del servicio que presten.

2. Cuando la naturaleza del servicio así lo imponga, el objetor tiene derecho a alojamiento, que le será facilitado por el organismo en que presta la actividad, en condiciones equivalentes a los ciudadanos que están prestando el servicio militar obligatorio.

3. Cuando el objetor tenga que desplazarse a una localidad distinta de la que se encuentra para prestar servicio por determinación de la entidad en la que ejerce la actividad, tendrá derecho a vale para dietas, transporte o compensación por transporte correspondientes a las del soldado, con cargo a dicha entidad.

4. Los gastos del haber en mano y subsidios de manutención, de vacaciones y de Navidad serán satisfechos con cargo a las partidas al efecto previstas en el presupuesto del GSCOC, observándose, en cuanto al procedimiento, lo que se establezca en el reglamento interno.

Art. 14 (*Beneficios sociales de los objetores de conciencia durante la prestación del servicio civil efectivo normal*).— Además de los derechos que constan en esta norma, los objetores de conciencia disfrutarán de los beneficios siguientes:

- a) Documento de identificación, según modelo a aprobar por resolución del Primer Ministro.
- b) Exención del pago de tiquets moderadores en la prestación de cuidados de la salud en el ámbito del Servicio Nacional de Salud.

- c) Alimentación y alojamiento por cuenta del Estado en el caso de desplazamiento por tratamiento hospitalario.
- d) Aplicación de todos los derechos y garantías previstos en la ley para quienes presten servicio militar obligatorio, siempre que sean compatible con la naturaleza del servicio civil.

Art. 15 (*Deberes del objetor*).— A partir de la fecha de conocimiento de la Sentencia, el objetor de conciencia quedará sujeto a los siguientes deberes, a cumplir en dependencia del GSCOC:

- a) Informar de sus cambios de residencia.
- b) Cumplimentar los boletines de inscripción que le sean distribuidos y darles curso.
- c) Presentarse en los lugares a los que sea llamado en los días y horas indicados.
- d) En el supuesto que haya solicitado aplazamiento de la prestación del servicio civil a causa de estar asistiendo a un curso superior, acreditar anualmente a 15 de noviembre que está matriculado.

Art. 16 (*Salida al extranjero*).— 1. En caso de salida al extranjero de los objetores de conciencia es aplicable el régimen previsto para quienes están sujetos a obligaciones militares, con las variaciones establecidas en los números siguientes.

2. Los objetores de conciencia que pretendan desplazarse al extranjero por un período igual o inferior a ciento ochenta días, deberán presentar en los puestos fronterizos terrestres, marítimos o aéreos alguno de los documentos siguientes:

- a) Testimonio de la sentencia que reconozca la situación de objetor de conciencia, para los objetores en la situación de reserva de reclutamiento.
- b) Documento de identificación de objetor de conciencia, para quienes se encuentren en situación de prestar servicio civil efectivo normal.
- c) Cartilla civil de objetor de conciencia, para quienes se encuentren en las restantes situaciones.

3. Los objetores de conciencia que se encuentren en la situación de reserva de reclutamiento deberán proveerse, para un período de ausencia superior a ciento ochenta días, de un permiso civil de salida al extranjero concedido por el Gobernador Civil del respectivo distrito.

4. Los objetores de conciencia en las situaciones previstas en el apartado c) del número 2 que pretendán salir al extranjero por un período superior a ciento ochenta días, además del documento señalado en este párrafo, deberán proveerse de la autorización de salida al extranjero, emitida por el Gobernador Civil del respectivo distrito.

5. Los modelos de permiso civil y de declaración de salida al extranjero serán aprobados mediante resolución del Primer Ministro.

Art. 17 (*Competencia y delegación de funciones*).— 1. El Primer Ministro es el órgano competente para:

- a) Acordar el llamamiento extraordinario de los objetores de conciencia.
- b) Reconocer a los objetores de conciencia la cualidad de amparo y determinar los trámites del procedimiento para la respectiva concesión.
- c) Conceder a los objetores de conciencia aplazamiento, interrupción o sustitución de la prestación del servicio civil.
- d) Decidir sobre los expedientes disciplinarios
- e) Supervisar, en general, la organización y ejecución del servicio civil.

2. Las competencias previstas en el número anterior pueden ser delegadas en el Secretario de Estado de la Juventud, con posibilidad de subdelegación.

Art. 18 (*Entrada en vigor*).— La presente norma producirá efectos a partir del 1 de enero de 1987.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

**RESUMEN DE LA LEY NUM. 17/  
1989, DE 19 DE JULIO,  
REGULADORA DEL REGIMEN  
DEL PERSONAL MILITAR  
PROFESIONAL**

Luis B. Alvarez Roldán  
*Coronel Auditor*

Con tal consensuada denominación se promulgó el "estatuto del militar profesional" como culminación de la política de personal militar, seguida desde la creación del Ministerio de Defensa en 1977; los dos campos de la condición militar han sido regulados desde entonces: primero, las reglas reguladoras de cuanto afecta a la disciplina y jerarquía, incluyendo las Leyes Orgánicas referentes a lo penal, lo disciplinario, organización y competencia de la Jurisdicción Militar, y normas procesales; en segundo plano temporal, esta Ley que se refiere a la función militar, como servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las FAS., y en su esfera militar por la Guardia Civil, en cumplimiento de las misiones encomendadas en la Constitución.

Tras la referencia legislativa al servicio militar obligatorio, y en régimen de voluntariado, con la regulación de la

excepción constitucional de la objeción de conciencia, se desarrollan las R.R.O.O. a través de las normas de régimen interno de las unidades militares, se inician reformas de la política de ingreso (incluyendo mujeres), formación (enseñanza militar) y ascensos (elección), en los Ejércitos y Guardia Civil.

Finalmente, con pretensión generalizadora, se regula la esfera funcional de quienes intervienen en la función pública militar, con la pretensión de cohesionar los principios derivados de la función pública con los específicos de la condición militar.

Pretende la Ley 17/1989 racionalizar la estructura de Cuerpos y Escalas para adaptarla a las necesidades de las nuevas F.A.S., con criterios de globalidad, generalidad e integración de normas dispersas y diferenciadas; y agotar la regulación del campo personal profesional, permanente y temporal, y de la enseñanza, de los integrantes de los Ejércitos y la Guardia Civil.

Se configuran como órganos superiores de la función militar al Gobierno, Ministro de Defensa, Subsecretario de Defensa<sup>(1)</sup>, en vía ejecutiva. En la esfera asesora, y gestora, el Jefe de Estado

(1) Hoy Secretario de Estado de la Administración Militar



Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, sin perjuicio de la faceta decisoria en temas concretos de personal y enseñanza. Los Consejos Superiores de los tres Ejércitos realizarán sus cometidos de asesoramiento y consulta sobre aspectos básicos de la carrera del militar.

El tradicional principio de ordenación jerárquica por empleo y antigüedad se respeta en la Ley, apareciendo el empleo de Suboficial Mayor como novedad, y el de Capitán General como posibilidad excepcional, antes reservada al Jefe del Estado.

La Ley rompe la denominación de Ejércitos y Armas de cada Ejército y sus Cuerpos respectivos, e implanta la terminología única de Cuerpos; en cada Cuerpo podrán existir las Escalas Superiores, Medias y Básicas (en razón a la titulación exigible para el ingreso), y en cada una de ellos, en su caso, las especialidades fundamentales o complementarias precisas.

Se configuran como cuerpos comunes de las FAS los siguientes: Jurídico Militar, Militar de Intervención, Militar de Sanidad y de Músicas Militares.

Con carácter general se determinan los empleos para las Escalas superior (Alferez a Teniente General), media (Alferez a Teniente Coronel) y básica (Sargento a Suboficial Mayor).

Se determinan los cometidos genéricos y específicos de cada cuerpo y escala.

El desarrollo normal de la carrera militar se determina por tiempo medio de permanencia en cada empleo: así, el Coronel habría prestado servicios durante 27 años; el Comandante (escala media), 25 años; y el Subteniente, 24 años.

La enseñanza militar tiene por finalidad la capacitación profesional del militar y su adecuación permanente a la ciencia y técnica, generales y castrenses, y a los principios constitucionales, abarcando la formación, perfeccionamiento y altos estudios. Como novedad se establece la asistencia a programar o cursos en Universidades u otros centros educativos.

El acceso a la enseñanza militar, como vía de ingreso en la carrera militar, se efectuará mediante convocatoria pública, bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Asimismo, se regula con criterios objetivos, la promoción interna entre Escalas, y de profesionales de empleo a militar de carrera, con las únicas excepciones lógicas de edad máxima para el ingreso, y con la reserva de un 60 por ciento de la plazas para la Escala Básica a los profesionales de las clases de tropa o marinería.

Los Planes de Estudios tenderán a la formación integral del futuro militar, fomentado los valores sociales y constitucionales, y proporcionarán la formación general técnica, y especialización, en su caso precisa, en las esferas teórica y práctica.

El alumno de la enseñanza militar, con condición militar a los efectos de derechos y obligaciones, y con régimen disciplinario especial, no tiene una relación de servicios profesionales con las FAS, que la adquirirá al cesar como tal e ingresar con el empleo militar correspondiente en el cuerpo y escala a la que pretendió como opositor y ulteriormente como alumno.

El militar de carrera, tras la fase de enseñanza superada, y con juramento o promesa ante la Bandera de defender a España con lealtad al Rey y fidelidad a la Constitución, adquiere tal condición, que sólo se perderá por decisión voluntaria o personal, o por expulsión en forma legal.

El historial militar se configura como un detallado "dossier" de los hechos, datos, títulos, informes, vicisitudes, circunstancias e informes físicos, psíquicos y profesionales de cada militar.

La provisión de destinos está regida por principios de antigüedad, publicidad e igualdad, atenuados por los de idoneidad para el cargo (libre designación) y méritos específicos para el destino (concurso) que se establecen para todos los empleos.

El régimen de ascensos se aleja del tradicional criterio único de antigüedad, excepción hecha del generalato, al configurarse, con el sistema de ascenso por antigüedad, el de selección (orden de clasificación según evaluaciones reglamentarias) y el de elección (conforme a méritos y aptitudes).

El sistema de selección será el aplicable para los empleos de Coronel y Teniente Coronel (escalas Superiores), Comandante (Escalas medias) y Brigada y Sargento Primero (Escalas básicas). El de elección se reserva a Generales, Teniente Coronel (Escala media) y Subteniente (Escala básica).

Resulta imprescindible subrayar la competencia del Ministro de Defensa en los destinos de libre elección, así como para declarar la no aptitud para el ascenso, temporal o definitivamente.

La evaluación, específica o anual, del militar de carrera tiene por objeto determinar su aptitud para el ascenso o su acomodación a determinados cometidos, incluso cursos. La evaluación será motivada acerca de la idoneidad y prelación de los evaluados, lo que conlleva un orden de clasificación. Excepcionalmente la evaluación puede tener como finalidad determinar la insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas.

Las situaciones administrativas de los militares de carrera son: servicio activo, disponible, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo, suspenso de funciones y la de reserva.

La excedencia voluntaria recoge como novedades significativas la motivada por paternidad, o maternidad, y por ser designado candidato a elecciones.

La situación de reserva, con claras motivaciones rejuvenecedoras de los miembros de las FAS, prescribe diver-

Los límites temporales a la permanencia en la situación de actividad; salvo los Generales, el militar cesará en actividad a los treinta y dos años de su ingreso y a los cincuenta y ocho de edad (cincuenta y seis en E. media y básica).

*El militar de empleo, profesional y no permanente, complementa los cuadros de mando y constituyen los efectivos profesionales de tropa y marinería.*

El límite temporal máximo será de ocho años.

El acceso será mediante concurso-oposición, libre o restringido.

Las resoluciones en materia de destinos, ascenso, evaluaciones y situaciones administrativas, serán recurribles por todo militar ante el Ministro de Defensa, en alzada o reposición, cuya resolución agota la vía administrativa y abre, en caso denegatorio, el recurso contencioso-administrativo.

Concluye la Ley 17/89 con extensas Disposiciones Adicionales, Transitoria, Derogatoria y Finales.

## COMENTARIO DE URGENCIA A LA LEY PROCESAL MILITAR

AGUSTIN CORRALES ELIZONDO

Teniente Coronel Auditor

Doctor en Derecho

### 1) CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley Orgánica Procesal militar 2/89, de 13.04 (B.O.E., nº 92 de 18.04. (en adelante, LPM.), nace cubriendo el vacío normativo aún existente en el conjunto de disposiciones que constituyen la reforma de la justicia militar, realizada en lo sustantivo a través del Código Penal Militar aprobado por L.O. 13/85, de 9 de diciembre, así como por la L. O. 12/85, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a las que hay que añadir la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCOR), la cual en alguna forma constituye el marco determinante de los límites en los que necesariamente ha de moverse la LPM.

Aunque la reforma de la Justicia Militar ha venido determinada por el mandato constitucional contenido en el nº 5 del art. 117 de nuestra Ley fundamental, en cuyo segundo inciso, tras destacarse el principio de unidad jurisdiccional, se establece que la Ley regu-

lará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense, hay, sin embargo, otros mandatos constitucionales que exijan una renovación y adaptación de las normas reguladoras del proceso penal militar, como son el *derecho fundamental a la libertad* y a la seguridad del art. 17 con sus derivadas, relativas a los derechos del detenido y los referentes a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y al juez predeterminado por la Ley, del art. 24.

Asimismo, el proceso penal contemporáneo se rige por los principios de publicidad, contradicción e igualdad, a los que es preciso añadir el de oralidad, desterrando la oscuridad del procedimiento inquisitivo que es relevado por el sistema acusatorio siempre con el derecho penal como límite del "ius puniendi" del Estado. El proceso ha de salvaguardar las garantías de los ciudadanos ante una imputación penal que puede dar como resultado la privación de la libertad y que exige el derecho a la defensa como derecho fundamental e inviolable de la persona dentro de las características genéricamente enunciadas que en todo momento han presidido la elaboración de la Ley adjetiva militar estudiada.

Junto a esta inspiración fundamental en los principios básicos de nuestra Constitución, la LPM., lógicamente, na-

ce como una Ley complementaria en gran medida de la de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRI) y disposiciones que la desarrollan que, a pesar de su longevidad y cumplido ya su primer siglo de vigencia, es generalmente considerada como uno de los mejores textos de la legislación decimonónica. A su vez y en lo mucho que tiene de sustantivo su contenido, se han tenido en cuenta los preceptos de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, de Poder Judicial, así como el Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/81, de 30 de diciembre.

Las posibles limitaciones de esta norma derivan precisamente en gran medida de que viene a introducir algunos de los principios aludidos de derecho procesal por primera vez en el sistema de derechos y libertades delimitado por la Constitución. Se trata de seguir la experiencia de la LECRI, pero con la introducción de las características del sistema acusatorio que se lleva al sumario con participación directa y activa de la Fiscalía jurídico militar y que además se matiza con la trascendencia que adquiere la prueba en la vista oral, momento al que se reconduce todo el proceso, tratando de que alcance su propia y verdadera condición de juicio. De esta idea se ha partido en el estudio de la totalidad de los procedimientos analizados en esta Ley, partiendo de que es dicho momento en el que ha de desarrollarse con amplitud y claridad la prueba en sus diferentes aspectos y matices.

A todo ello hay que añadir que, junto al interés de la sociedad que tiene el

derecho de castigar y al de acusado que tiene el derecho de defenderse, debe ser contemplado también por esta Ley el interés de la Institución militar, no sólo en lo que se refiere a la interpretación del delito militar con todas las variables que los singularizan, sino también a la vista de las peculiaridades, de la tradición e historia del Derecho militar. El funcionamiento del sistema del escabinado refleja la participación de los representantes de la Institución conjuntamente con técnicos en derecho, sin que ello, en ningún momento, suponga limitación alguna en el mayor respeto a los derechos del justiciable. Esta peculiaridad no es obstáculo, antes al contrario, fundamenta con rigor la garantía de objetividad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El proceso penal es un instrumento al servicio de la jurisdicción, en el orden penal militar como en el común, cuya finalidad no es sólo la efectiva imposición de la pena mediante la sentencia, sino también cumplimentar el interés del Estado en general y —en nuestro caso—, el de la Institución militar en particular, en orden a que la acción de la justicia no quede imprejuizada. La realidad nos ha trasladado desde un ejercicio estrictamente de defensa social por la vía del “ius puniendi” a una nueva regulación jurisdiccional de la norma penal en el marco del Convenio europeo sobre derechos humanos, con atención primordial a las garantías procesales.

La LOCOR acuñó como principios básicos y, por consiguiente, punto de partida a esta LPM., los siguientes:

a) Atribución exclusiva y excluyente de la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando, aunque se reconoce la legitimación especial de los mismos en el recurso de casación en orden a que puedan velar por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos;

b) Garantía máxima de independencia de los órganos judiciales;

c) Tecnificación jurídica de los órganos, garantizada por la composición mixta de los tribunales castrenses, y

d) Circunscripción de la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz al ámbito estrictamente castrense.

En estas coordenadas ha de desenvolverse la Ley procesal, con la peculiaridad de cubrir una fase más de adaptación del derecho adjetivo a la llamada "jurisdicción constitucional de la libertad" o tutela de los derechos humanos en la vertiente de su protección judicial, con inclusión de las más recientes disposiciones en materia de garantías como las de asistencia al detenido o el procedimiento de "habeas corpus".

## ANÁLISIS DE SU CONTENIDO

### A) Libro I

El libro I de la Ley, tras encuadrar la descripción del proceso penal militar partiendo del principio de legalidad, desarrolla los conflictos de jurisdicción y las cuestiones de competencia, el régi-

men de tribunales y juzgados, los tipos de actuaciones judiciales y las partes en el proceso penal militar.

Las cuestiones de competencia siguen los criterios básicos de la LECRI, complementando los principios de los arts. 12 y ss. de la LOCOR. y habida cuenta de la Ley de conflictos jurisdiccionales (Ley Orgánica 2/87, de 18 de mayo), el sistema parte de la competencia objetiva determinada por razón de la materia —el delito militar— y del criterio de territorialidad en orden a la atribución del conocimiento. La resolución de las cuestiones de competencia que podrán ser promovidas de oficio, a instancia de parte o, por el Ministerio Fiscal, corresponde, caso de desacuerdo, a los órganos jurisdiccionales superiores, en cada caso y su sustanciación sigue las reglas básicas de la LECRI. En cuanto a los delitos cometidos a bordo de buque militar en aguas jurisdiccionales o en aeronave militar en el espacio militar nacional, se atribuyen al Juez togado y tribunal territorial de la demarcación o territorio a que pertenezca el ejército o unidad orgánica de la que dependa el buque o aeronave.

El régimen de los juzgados y tribunales, así como su gobierno interno, se desarrolla en la Ley complementando el contenido de la LOCOR, matizando su funcionalidad y con detenimiento en las causas legítimas de abstención, y, en su caso, de recusación, entre las que se presta atención a las relaciones que militarmente hayan mantenido las partes y a su dependencia jerárquica.

En materia de actuaciones judiciales se ha seguido en esencia la Ley procesal común, teniendo en cuenta la doctrina

del T.C. sobre el uso de la lengua o idioma oficial de las Comunidades autónomas y previendo su utilización, delimitando en cada órgano el contenido de los autos y de las sentencias con especial atención a la votación de estas últimas y a los votos particulares.

En materia de partes, en un sistema en que el enjuiciamiento es cada vez más acusatorio que mixto, tiene absoluto sentido dejar a un lado relativamente la postura doctrinal que mantiene que no puede hablarse de partes donde no hay verdadera contradicción de intereses, en razón a que los sujetos del proceso penal no disponen materialmente o no son titulares de las pretensiones cuya actuación piden, porque esta tesis no advierte que el concepto de parte es puramente formal y, en este orden de ideas, se estudian como partes al Ministerio Fiscal, al inculpado o procesado, al acusador particular y al actor civil. El Fiscal jurídico militar depende del Fiscal General del Estado y la acusación particular y la posible intervención del actor civil queda remitida a los términos de los arts. 107 al 109 de la LOCOR.

### *B) Libro II*

El libro II, comprensivo de los procedimientos militares y centrado en el estudio del proceso penal militar ordinario por delito, tiene como primera peculiaridad el que su iniciación excluye la posibilidad de la querrela —salvo el supuesto del art. 108 de la LOCOR—, quedando, por consiguiente, circunscrita a la forma de oficio, a la de denuncia o parte militar y a instancia de la Fiscalía

jurídico-militar.

Se presta atención a las diligencias previas, en el mismo sentido de la Ley Procesal común, no para evitar o soslayar la formación de un sumario, sino para determinar en los casos en que fuera preciso la naturaleza y circunstancia del hecho o la participación de las personas, para adoptar sin demora el Juez la resolución procedente a la vista del resultado de las expresadas actuaciones previas.

El sumario y su tratamiento se ha inspirado más abiertamente que en otros casos en los postulados de la LECRI. Se comprenden en el seno del sumario todo el conjunto de actuaciones que van desde la instrucción preliminar hasta el sobreseimiento o el juicio oral, abarcando la más extensa regulación, si bien se han tratado de abandonar las formas inquisitivas y de buscar el paso al modelo de oralidad penal puro, partiendo de que el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional, con independencia de la polémica doctrinal en relación a la denominada fase intermedia. Sin embargo, esta publicidad procesal y este conjunto de objetivos a cumplir no ha traído como consecuencia innovación en el tratamiento del secreto sumarial, tradicional excepción al de publicidad, que ha de preverse, en su caso, normativamente y que no es obstáculo que desvirtúe la tendencia a que la actividad probatoria se realice en el acto del juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, de acuerdo con el art. 24.2 de la Constitución, derecho que

se traduce, tal como ha matizado el Tribunal Constitucional, en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen el proceso penal, reflejados parcialmente en el art. 471 de la LECRI, y que han tratado de recogerse y aún de hacerse más patentes en diversos lugares de esta Ley.

Las garantías del imputado y procesado y las diversas diligencias de prueba sumarial ocupan buena parte del presente libro, habiéndose prestado especial atención al aseguramiento de las responsabilidades civiles, contemplando la cobertura a través de entidad aseguradora, organismo gestor público o Fondo de garantía, previendo la pensión provisional a la víctima y señalando como inembargable la cantidad declarada como tal en la legislación común, las pensiones de los Caballeros Mutilados Absolutos y las anexas a determinadas recompensas.

En materia de medidas cautelares ha sido objeto de análisis la detención de militares, tratando de hacer objeto de estudio no sólo los requisitos y la problemática general de la misma, sino también las facultades de las Autoridades gubernativas contemplando los supuestos en que el militar se halle desempeñando un servicio de armas y los casos en que se encuentre en recinto militar. Por lo que se refiere a la prisión preventiva se recogen los principios y reglas de la Ley común, aunque estudiando su posible acuerdo para el caso de que los hechos que la motivan revistan gravedad o peligro en relación con la disciplina o el servicio y puntualizando

que la prisión preventiva de un militar en situación de actividad o reserva deberá ser sufrida por éste en establecimiento penitenciario militar.

Sin especiales innovaciones en materia de conclusión del sumario, los recursos contra las resoluciones en el mismo son exclusivamente los de apelación, queja y súplica, con supresión del recurso de reforma, equivalente a la reposición y que consiste en la modificación por el propio juez de la resolución dictada. Se ha considerado una poco útil dilación y demora cuya necesidad es discutible y cuyo contenido queda plenamente absorbido en el de apelación, que podrá interponerse en los casos y con los efectos contemplados en la Ley. En el estudio de su tramitación una vez interpuesto, se cuida en la Ley del conocimiento del mismo por las partes y de la unión a los autos o a la pieza separada según corresponda, de los escritos de alegaciones de las mismas. El recurso de queja se da contra todos los autos no apelables del Juez togado y contra la resolución en que se denegase la admisión del recurso de apelación, acudiendo al Tribunal superior correspondiente. Por último, se da el de súplica para los casos en que la Ley no otorgue otro expresamente.

La apertura del juicio oral viene determinada por la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la participación del procesado hecha por las partes acusadoras y por el acusado. Se regulan las pruebas a practicar durante la vista y los artículos de previo y especial pronunciamiento, tratados en su condición de excepciones que las



partes pueden hacer valer antes de formular la calificación sobre el hecho punible. Por lo que se refiere a la celebración del juicio oral y al desarrollo de las sesiones, trata de constatar que éste supone el trámite más importante del proceso en el que la oralidad y la publicidad de los debates alcanza su plena realización. Se contemplan las causas de suspensión de forma analítica y restrictiva y las facultades del Auditor Presidente con especial atención a la confesión del procesado y a la práctica de pruebas, entre las que se introduce, como ya se hizo en el sumario, la de medios audiovisuales. En el estudio de la acusación y defensa no se recoge el sistema y la forma de la Ley común para los casos de manifiesto error en la calificación. En la Sentencia, el Tribunal no podrá separarse de las acusaciones ni imponer pena más grave que la mayor de las solicitadas ni condenar por delito distinto, cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado (art. 88 del L-I, en relación con el art. 322 del L-II)

El recurso de casación se rige por los motivos de la LECRI, a los que se añade la alegación fundada de que se ha infringido un precepto constitucional, sin que sea de aplicación lo dispuesto en la misma respecto a la exigencia de depósitos y con las salvedades orgánicas de la LOCOR, introduciendo la legitimación para su interposición por parte de los Mandos Militares a que se refiere el art. 110 de esta última Ley. En cuanto al de revisión se verifica un análisis detenido de sus causas, de la legitimación

para su interposición y de la posibilidad de que el Ministro de Defensa ordene la misma a la Fiscalía Togada, cuando, a su juicio, existan motivos fundados para ello. Se pretende, en los casos que se enumeran como causas que pueden dar lugar al recurso, una mayor precisión, en cierta manera, que la establecida en la LECRI, aunque se mantiene el criterio de que la revisión no se abre sino contra sentencias firmes condenatorias, previendo también el caso de sentencias dispares dictadas por distintos Tribunales.

Por lo que respecta a la ejecución de sentencias, corresponde la misma al Tribunal que hubiese conocido de la causa en primera instancia, interviniendo en la ejecución el Fiscal Jurídico Militar y pudiendo hacerlo a su vez los defensores y letrados designados por los condenados, formulando peticiones y ejercitando los recursos pertinentes. Se presta atención a la liquidación de condena y al cumplimiento de la penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios militares, cuya regulación se remite a la normativa reglamentaria. La Ley no contempla la materia relativa a la ejecución de la pena de muerte en tiempo de guerra.

La figura del Juez de Vigilancia es abordada con la peculiaridad de que dicho cargo será ejercido por Juez Togado Militar y sus funciones serán compatibles con el desempeño de la propiamente jurisdiccional.

En la ejecución de las demás penas, la pérdida de empleo trae como consecuencia la recogida de despachos, títu-

los y nombramientos, y la de suspensión de empleo, cargo, profesión u oficio se practicará y ejecutará asimismo por el Ministerio de Defensa, una vez que reciba los testimonios de la ejecutoria. Se detiene a continuación la ley en los supuestos de demencia sobrevenida y en el tratamiento de la remisión condicional de la pena dispuesto en el art. 44 del Código Penal Militar, es decir, para los no militares o para los militares condenados por delito común en la Jurisdicción Militar. Se estudia a su vez la rehabilitación y la invalidación de notas desfavorables, sin que se entre en el procedimiento para esta última, que ya ha tenido el oportuno desarrollo reglamentario por Real Decreto 555/89, de 19 de mayo. Por último se cierra el libro con preceptos destinados a la fijación determinación y ejecución por vía de apremio de las responsabilidades civiles declaradas por los juzgados o Tribunales militares. Se establece, "in fine" que, cuando se declare la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, de acuerdo con el art. 48 del C.P.M., la resolución recaída, se comunicará al Ministerio de Defensa para su ejecución.

### *C. Libro III*

El libro III se dedica a los procedimientos especiales para delitos de deserción, los tipificados en el art. 120 del Código Penal Militar, los del art. 123 del mismo cuerpo legal y los de hacienda militar, previstos en los arts. 190, 195 o 196 del propio Código Castrense, siempre que se cometan como medio para perpetrar cualquiera de los citados en los anteriores supuestos o para procurar

su impunidad. En este punto se ha tratado de introducir, bien es cierto que en parte, inspirado en el procedimiento de urgencia de la LECRI, un procedimiento especial penal del que existen matices de precedentes legislativos, muchos de ellos fases de reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, algunas de cuyas etapas podrían situarse en la Ley de 8 de junio de 1957, en la Ley Penal y Procesal del Automóvil de 24 de diciembre de 1962 y en la introducción de 1967 por Ley de 8 de abril del llamado Juez Correccional. La característica de este procedimiento —que podemos considerar de tramitación preferente y abreviada referida al ámbito penal militar puede centrarse en el efecto agilizador que se persigue, basada en la simplificación y celeridad de sus trámites buscando una resolución inmediata tras una rápida cognición de los hechos y tratando también la posibilidad, manteniendo las garantías procesales en todo caso, de que un delito típico tan peculiar como la deserción, con una fase probatoria sencilla, no traiga como consecuencia una dilación o demora inútil. La cognición sumaria que, de otra parte, debe presidir como finalidad perseguible todo proceso penal, encuentra aquí especialidades concretas, tales como que no se dicte contra nadie auto de procesamiento y que la prisión preventiva sólo se adoptará exclusivamente en los casos en que el culpable haya manifestado durante el cumplimiento de su servicio en filas una especial predisposición a ausentarse o en casos de peligro o perturbación extraordinaria de la disciplina o servicio. La brevedad de los plazos para poner de manifiesto las diligencias al fiscal y al

defensor y el contemplar específicamente la prueba pericial médica, tratando de que se agilice, indica claramente el conocimiento de la problemática del delito de desertión contemplado. El juicio oral es aquí más que nunca, el centro del sistema, con las peculiaridades de que en el mismo podrán practicarse las nuevas pruebas propuestas por las partes en el mismo acto, incluso las denegadas por el tribunal cuando se hubiesen solicitado en los escritos de calificación, cuando las partes ofrecieran presentarlas a su instancia y estuvieran a disposición del propio tribunal. Asimismo, se establece que, en todo caso, se ha de tomar declaración al oficial o suboficial que hubiere dado cuenta de la desertión y se prevé la práctica en el acto del juicio de la prueba pericial médica. No es en realidad, como puede verse, un tipo de procedimiento monitorio, quizás aunque tiene muchas de sus características, ni tampoco se corresponde con el tratamiento de nuestro derecho para los casos de flagrante delito, pudiendo identificarse más bien en cierta medida, tal vez, con un procedimiento especial de cognición sumaria, pensado plenamente para la prueba en la vista oral, concretada ésta por lo general, de producirse, en el informe pericial médico y gravitando en todo momento en el delito de desertión, que es el que se trata en definitiva de juzgar.

El procedimiento sumarísimo está inspirado en la regulación de nuestro Código de Justicia Militar, quedando reservado únicamente para el tiempo de guerra, y, desde luego, para los casos de flagrante delito militar y cuando los

delitos afecten gravemente a la moral, la disciplina o la seguridad y así se declare. Dentro de su peculiar tramitación se trata de mantener en lo posible las garantías procesales, analizándose la intervención en última instancia del Tribunal Superior.

Inspirados en la LECRI se encuentran el resto de los procedimientos especiales y entre ellos el establecido contra reos ausentes y el para depurar las responsabilidades de los miembros de la Jurisdicción Militar, recogiendo el sistema de antejuicio de la Ley Común.

#### *D. Libro IV.*

Dividido en dos partes, constituye la primera el recurso contencioso-disciplinario militar y la segunda trata del procedimiento civil referente a la prevención de los juicios de testamento y abintestato. Esta segunda parte ya se contemplaba en el Código de Justicia Militar. Actualmente queda limitado a los miembros de las FAS que fallecieron en campaña o navegación y a las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes y su entrega a los herederos instituidos o a los que lo sean abintestato, siendo mayores de edad porque si fuesen menores no debidamente representados, no resultase plenamente acreditado el derecho hereditario o se plantease cuestión incompatible, a juicio del Instructor, con la naturaleza sumaria del procedimiento, se pasarán las diligencias al Juzgado a quien corresponda el conocimiento de la testamento o del abintestato.

tato. La competencia para prevenir los juicios de testamentaria o abintestato será del Juez Togado Militar en cuya demarcación se haya producido el fallecimiento o de aquel que acompañare a las fuerzas a las que perteneciere el difunto.

Es evidente que una de las materias más novedosas de la LPM es la constituida por el recurso contencioso-disciplinario, adaptando la impugnación de las sanciones impuestas de acuerdo con el nuevo régimen disciplinario militar a la presente organización judicial.

Siguiendo la estructura del procedimiento contencioso de la Ley de 27.12.56, se introducen las especiales peculiaridades derivadas del ámbito disciplinario en las FAS. Son órganos competentes en el conocimiento de los recursos, los Tribunales Militares Territoriales, el Tribunal Militar Central y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que conocen de las pretensiones deducibles de los recursos interpuestos contra los actos de las Autoridades y Mandos Militares sancionadores, dictados en aplicación de la LRD 12/85.

La Ley regula dos clases de procedimiento, el ordinario (Título II al IV y el preferente y sumario (Título V). El primero de ellos se aplica a las pretensiones derivadas de la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o de las sanciones extraordinarias de pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio, derivadas de los expedientes gubernativos. El segundo procedimiento —preferente y sumario— se aplica contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitu-

ción y a algunos de sus extremos dedicaremos el apartado final del presente trabajo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoria de la regulación establecida en la LPM en esta materia y, en cuanto a la postulación y defensa, el demandante podrá conferir su representación a su procurador, valerse tan sólo de abogado o comparecer por sí mismo, asistido o no de abogado, si bien, para interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por letrado. Las funciones de representación y defensa de la Administración a las que alude el art. 447 de la L.O. 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial y normas concordantes, en cuanto establecen las facultades del Director General del Servicio Jurídico del Estado, se aplican también en este procedimiento, pero, a propuesta del Ministerio de Defensa, dichas funciones podrán encomendarse, asimismo, a un miembro del Cuerpo Jurídico de los destinados en las Asesorías Jurídicas de los Mandos Militares Superiores. Quien ostente esta representación no podrá allanarse a la demanda sin estar autorizado para ello por el Ministerio de Defensa.

El objeto del recurso serán los actos definitivos, no pudiendo ser recurridos los de trámite separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento, por lo que en realidad los actos recurribles serán los definitivos que causen estado en la vía administrativa. A estos efectos, se considera que causan estado los actos resolutorios de los recursos de alzada, súplica y reposición. El plazo de interposición será el de dos meses, a

partir de la fecha de la notificación, salvo cuando el acto se haya notificado fuera del suelo español o de las aguas jurisdiccionales en cuyo supuesto se prorrogará dicho plazo y finalizará una vez transcurridos dos meses desde que el sancionado hubiese regresado a suelo español.

La ley ha incluido un único recurso contra las decisiones adoptadas en primera instancia, recurso éste que no es el de apelación, como ocurría en la Ley de 27.12.56, sino en el de casación, siguiendo la pauta del art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con independencia de que nos refiramos a algunas cuestiones sobre el procedimiento contencioso-disciplinario, militar preferente y sumario más adelante, digamos aquí que es el que cabe interponer contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales, es decir, supone la traslación de los principios inspiradores de la Ley 62/78, de 22 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona a la esfera disciplinaria militar. En este procedimiento se aplican las reglas del ordinario con las modificaciones que se señalan en el art. 518 de la LPM que consisten en resumen en la consideración como parte del Fiscal Jurídico Militar, en no ser necesario recurso de reposición ni cualquier otro previo en vía disciplinaria, salvo en el caso de sanciones por falta leve en las que se precisa haber agotado la vía disciplinaria, el establecimiento de un término de cinco días, tanto para la inter-

posición como para el resto de los plazos señalados para el procedimiento ordinario y el de tres días para que el Tribunal oiga a las partes en los supuestos de solicitud de suspensión, del acto impugnado, más otros tres días para resolver, ponderando la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar. La vista es sustituida por el trámite de conclusiones y la tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales.

#### *E) Disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y final*

La Ley se cierra con Disposiciones Adicionales, en número de nueve, la primera para establecer que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus Disposiciones Complementarias se aplican supletoriamente; la segunda a séptima para dar nueva redacción a algunos artículos de las LL.OO. 12/85 y 4/87, es decir, la LRD y la LOCOR; la octava para regular las solicitudes de indulto y las propuestas de conmutación en la Jurisdicción Militar, complementando las normas comunes sobre la materia con unas breves puntualizaciones; por último, la novena suprime el último párrafo del art. 99 del CPM.

La Disposición Transitoria soluciona el problema de los procedimientos que se encontrasen en período de sumario a la entrada en vigor de la Ley y la Derogatoria se aplica sobre el Decreto de 1934 sobre detención de militares y Tratado 3 del Código de Justicia Militar, los arts. 4,5 y 6 de la L.O. 9/80, de 6

de noviembre y demás Disposiciones que se opongan a la LPM. La Disposición Final establece los preceptos de la Ley que tienen naturaleza orgánica.

#### *F. Principales innovaciones*

Con independencia de la que supone el procedimiento contencioso-disciplinario militar vamos a hacer una breve enunciación sistemática de lo que la LPM tiene de innovador, tanto respecto del Código de Justicia Militar, como en lo relativo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los procedimientos penales. Esta materia, como el resto de la Ley, ya ha sido objeto de un riguroso análisis por el Magistrado de la Sala 5ª del Tribunal Supremo MAYOR BORDES, "La Ley Procesal Militar" (La Ley, Sección "Legislación", número 29, año I junio 1989, págs. 75 y sigs).

En el Libro I ("Disposiciones Generales") destacaremos las siguientes:

1. La Sentencia no puede imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

2. La deliberación, votación y firma de la Sentencia se realizará a continuación de la celebración de la vista oral, con excepción de las que resuelvan recursos de casación que se dictarán conforme a las normas aplicables a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

3. Las notificaciones, emplazamientos o requerimientos a personal militar en activo que realicen los Juzgados y

Tribunales Militares se darán directamente al interesado por conducto del Jefe de su Cuerpo o Unidad, salvo en los casos de urgencia apreciada, en que podrán hacerlo directa y personalmente.

4. Se recabará la cooperación judicial cuando debiera practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que hubiera ordenado.

5. Cuando la Fiscalía Jurídico-Militar tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo que sea competencia de la Jurisdicción Castrense, practicará ella misma u ordenará a la Policía Judicial, que practique las diligencias pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes.

6. Tan pronto se comunique a una persona la existencia de un procedimiento con posible derivación de responsabilidad penal, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso si se hubiere acordado su detención, prisión u otra medida cautelar o dictare contra la misma acto de procesamiento, se le requerirá para que designe abogado defensor o solicite su designación en turnos de oficio.

7. Salvo en tiempo de guerra, toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil.

Dentro del Libro II ("De los Procedimientos Ordinarios Militares") consideramos como innovaciones primordiales éstas:

1) La actualización de los medios de prueba, con introducción de los audio-

visuales.

2) Deberá advertirse al procesado que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

3) Sistematización de las normas sobre detención de militares.

4) Estudio y desarrollo de la figura del Juez de Vigilancia.

5) Inadmisibilidad de la libertad provisional bajo fianza.

6) La detención, la prisión preventiva y la atenuada se desarrollarán en la forma que menos perjudique a la reputación del afectado y de su familia.

7) El recurso de casación incluye como motivo de alegación fundada de que se ha infringido un precepto constitucional, siguiendo a la L.O. del Poder Judicial, añadiendo que dicho recurso lo podrán interponer también los Mandos Militares de acuerdo con los arts. 111 y 112 de la LOCOR.

8) El Ministro de Defensa, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal Togado que interponga recurso de revisión.

Encuanto a las referencias principales que puedan suponer novedad en el Libro III (De los Procedimientos Especiales), destacamos, de una parte, como ya lo hemos hecho el procedimiento del Título I del Libro (Diligencias Preparatorias) en el que no hay auto de procesamiento, pero el Juez Togado puede adoptar las medidas de: a) Detención, prisión o libertad del inculcado; b) el aseguramiento de las responsabilidades pecunarias de los que pudieran resultar responsables civiles y c) traslado del inculcado a la localidad que sea sede del órgano judicial, con auxilio de la Policía

Militar. Las pruebas del breve sumario se practican todas en el acto de la vista y en el plazo de dos meses desde que el inculcado esté a disposición judicial puede recaer sentencia, dictándose, en su caso, oralmente.

Por otro lado, en el mismo Libro, además de la regulación especial del sumarísimo, tomada en alguna medida del Código de Justicia Militar, con establecimiento de aplicación supletoria del ordinario, se introduce un sencillo y breve procedimiento para el conocimiento de las faltas comunes por los Jueces Togados, Centrales o Territoriales, cuando estén atribuidas a la Jurisdicción Militar.

*G) Especial referencia a la competencia de la Jurisdicción Militar en relación al recurso contencioso-disciplinario militar urgente y sumario*

Con fechas 13.11.89 y 27.11. 89, el Tribunal Constitucional ha dictado sendas providencias por las que se admiten a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad, n.ºs. . 2.117/89 y 2.224/89, publicadas en el BOE n.ºs. 279, de 21.11.89 y 290, de 04.12.89, respectivamente. Ambas van referidas a los arts. 453.3 y 518 de la Ley Procesal Militar, en las que se regula la interposición del recurso contenciosos-disciplinario militar preferente y sumario, para los supuestos en que las sanciones disciplinarias afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución.

No dudamos en modo alguno de que la resolución que recaiga no hará sino

apoyar y coronar las sucesivas recaídas en relación a la materia en varias sentencias del Tribunal Supremo, dentro de las que, entre las más recientes, cabe destacar las de 06. y 07.07.89, en relación a sendos conflictos de jurisdicción, n.ºs. 4/88, y 10/88, en ambos casos referidas a la competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento de los recursos contencioso-disciplinarios interpuestos de acuerdo con los arts. cuya constitucionalidad es objeto de análisis. En dichas sentencias se manifiesta que los citados preceptos vienen a sustituir en el ámbito castrense al proceso de la Ley 62/78, dando cabal y definitivo cumplimiento al mandato constitucional del art. 53.2 de la Constitución, mediante un proceso basado en los principios de preferencia y sumaridad.

La Jurisdicción Militar, desde la LOCOR y tal como plasma la LPM queda articulada como integrante del Poder Judicial del Estado en cuya cúpula se integra plenamente a través de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sometida al ordenamiento común de las demás Salas, por lo que necesariamente extenderá su competencia, sin restricción de clase alguna, a la tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y a las demás materias, como afirma el Tribunal Supremo que "en garantía en algún derecho y dentro del ámbito castrense, vengán determinadas por las Leyes y sí, en fin, el art. 17 (de la LOCOR) atribuye a la misma Jurisdicción Castrense la tutela de los derechos contra quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la LRD, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo, y

la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria, resulta obvio como en ponderación de la prescrita normativa, se refrenda la conclusión que antes apuntábamos basada en principios de orden general y determinante de que haya de residenciarse en la Jurisdicción Castrense la competencia para conocer y decidir el caso cuestionado, al modo que ya había resuelto con anterioridad la antigua Sala V y la Sala de lo Militar, ambas, de este Tribunal, las cuales en contemplación de supuesto semejante, ya hicieron notar, en doctrina coincidente con la que hemos expuesto, como la Ley 62/78 no modifica la competencia de los distintos Organos Jurisdiccionales, en cuanto se limita a introducir un procedimiento especial, sin que la falta de una explícita referencia en la L.O. 4/87 al proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas, deba entenderse como exclusiva de su ámbito, ya que tal criterio, sobre desconocer la competencia atribuida a la Jurisdicción Militar, resultaría contrario a una armónica e integradora interpretación del total ordenamiento jurídico vigente, cuyos preceptos referentes al caso examinábamos más arriba".

El Alto Tribunal, a nuestro juicio, realza los argumentos principales sobre la materia, partiendo de algo que ha de tenerse presente en todo momento, la naturaleza de la Jurisdicción Militar entroncada definitivamente en el marco del único poder jurisdiccional y con una atribución exclusiva y excluyente para sus órganos judiciales de las funciones señaladas en la LOCOR, pero partiendo



en todo caso de la unicidad del poder judicial del Estado, establecida y sancionada en el art. 117.5 de la Constitución.

Estas competencias, por otro lado, están atribuidas respecto a la totalidad de las FAS, con inclusión obviamente de los miembros de la Guardia Civil

Instituto Armado de naturaleza militar, de acuerdo con el art. 15.1 de la L.O. 2/86— cuyos miembros están sometidos al derecho sancionador militar, tanto penal como disciplinario, tal como se deduce de una numerosa normativa en este sentido, de la que a título de ejemplo señalaremos los art. 5 y 19 de la LRD, los arts. 4, 17, 39 y 49 de la LOCOR, la Ley 19/84 de 08.06.84, del Servicio Militar y su Reglamento aprobado por la RD 611/86, el RD 1046/86, de 26.05.86 sobre normas de ingreso en la profesión militar y el art. 13 de la Ley 17/89, de 19.07.89, reguladora del régi-

men del personal militar profesional.

A no dudar, la constitucionalidad de los preceptos de nuestra Ley Procesal que adaptan la Ley 62/78 quedará ratificada por el Tribunal Constitucional que, por otra parte, ha tenido ocasión de fundamentar la competencia de la Jurisdicción Castrense, con anterioridad a nuestro juicio de forma patente, como en la STC 93/1986, de 7 de julio, y en el Auto nº 252/87, de 4 de marzo. No puede caber duda de que no es posible señalar un derecho fundamental alterado por la aplicación práctica de las normas reguladoras sobre la competencia de los Tribunales. Antes, al contrario, una orientación distinta traería como consecuencia, a nuestro juicio, que quedase desvirtuado el alcance de las disposiciones sustantivas y adjetivas que, en desarrollo de la Constitución, han consolidado el ámbito de la Jurisdicción Castrense.

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

