

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 55

ENERO  
JUNIO  
1990

TOMO I

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos de  
la Defensa

---

Ministerio de Defensa



# Revista Española de Derecho Militar Nº 55

## CONSEJO ASESOR

Don VIRGILIO PEÑA PEÑA, *General Consejero Togado*. Don Jose FRANCISCO de QUEROL LOMBARDEO, *General Consejero Togado*. Don FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, *Magistrado del Tribunal Supremo, General Consejero Togado*. Don FERNANDO LÓPEZ-OROZCO RODRÍGUEZ RIVAS, *General Consejero Togado*. Don BRUNO OTERO DEUS, *General Consejero Togado*. Don FRANCISCO BLAY VILLASANTE, *General Consejero Togado*.

## DIRECTOR

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

## SECRETARIO

Don JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Coronel Auditor*.

## SECRETARIOS ADJUNTOS

Don JUAN MANUEL GARCÍA LABAJO, *Comandante Auditor*, y Don PEDRO ARDUAN RODRIGUEZ, *Capitán Auditor*. Don MANUEL ZAFRA RIASCOS, *Teniente Auditor* y Doña M<sup>a</sup> TRINIDAD RODRIGUEZ-BURGOS AGUILERA.

## CONSEJO REDACCION

Don EDUARDO MONTULL LAVILLA, *General Auditor*, Don MIGUEL TORRES ROJAS, *General Auditor*. Don MIGUEL SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, *General Auditor*. Don LUIS B. ÁLVAREZ ROLDÁN, *Coronel Auditor*. Don ANTONIO MOZO SEOANE, *Teniente Coronel Auditor*. Don AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO, *Teniente Coronel Auditor*. Don RICARDO FORTUN ESQUIFINO, *Comandante Auditor*. Don ANTONIO MILLÁN GARRIDO, *Comandante Auditor*.

## CORRESPONSALES

Ministerio de Defensa: Don EMILIO FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, *Capitán Auditor*. Tribunal Militar Territorial de Madrid: Don FERNANDO PIGNATELLI MECA, *Teniente Coronel Auditor*. C.G. Ejército, R.M. Centro. Don JOSÉ LUIS EGIDO TRILLO-FIGUEROA, *Teniente Coronel Auditor*. R.M. Sur. Don JOSÉ ROJAS CARO, *Coronel Auditor*. R.M. Levante. Don MANUEL E. PERUCHO FRANCO, *Teniente Coronel Auditor*. R.M. Pirenaica O. Don FERNANDO PÉREZ ESTEBAN, *Coronel Auditor*. R.M. Pirenaica OCC. Don IGNACIO DE LA RIVA, *Teniente Coronel Auditor*. R.M. Noroeste. Don LUIS MIGUEL MASIDE MIRANDA, *Teniente Coronel Auditor*. Z.M. Canarias. Don JUAN LÓPEZ-MONTERO VELASCO, *Teniente Coronel Auditor*. Z.M. Baleares. Don EDUARDO CALDERÓN SUSIN, *Teniente Coronel Auditor*.

C.G. Armada y Jur. Cent. Don ALFREDO DE LA FIGUERA LOPEZ, *Comandante Auditor*. Z.M. Medit. Don JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ AREAL, *Coronel Auditor*. Z.M. Estrecho. Don JAVIER ALVAREZ-OSSORIO BENITEZ, *Comandante Auditor*. Z.M. Canarias. Don JOSÉ FEDERICO DURET ARGÜELLO, *Comandante Auditor*. Z.M. Cantábrico. Don EUGENIO PEREIRA GONZÁLEZ, *Comandante Auditor*.

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

## 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 1.000 ptas. (2 tomos)**

**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**55** ENERO  
JUNIO  
1990

TOMO I

MADRID

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

REVISTA española de derecho militar. -- N.1 (en.-jun.1956)-  
. -- Madrid : Instituto Francisco de Vitoria, Sección de  
Derecho Militar, 1956- . -- . v. ; 24 cm  
Semestral. -- A partir de 1984 el responsable de su elaboración  
es la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa. -- N. 41 - 43  
publicados por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. —  
A partir de 1987 publicada por el Ministerio de Defensa,  
Secretaría General Técnica. -- N. 44-50 publicados en un solo  
v. en 1987  
D.L. M. 523-1958. -- ISSN 0034-9399

## **CATALOGACION DEL NUMERO CORRESPONDIENTE A ENERO-JUNIO DE 1990**

REVISTA española de derecho militar : 55, enero-junio 1990  
/ [Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa] . -- Madrid :  
Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1990.  
2 v. ; 24 cm  
NIPO 076-91-045-7  
I. Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa (Madrid)  
II. España. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica,  
ed.

La responsabilidad por las opiniones emitidas en esta  
publicación corresponde exclusivamente al autor de la misma.

© Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa

*Edita:* MINISTERIO DE DEFENSA  
Secretaría General Técnica

*NIPO:* 076-91-045-7

*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

- 1.1 "Centenario". D. Francisco Jiménez Jiménez ..... 13
- 1.2 "Observaciones en torno al nuevo Derecho del Mar en relación con los conflictos armados internacionales". D. Manuel Pérez González ..... 19
- 1.3 "Privilegios y limitaciones en las Leyes Sancionadoras Militares". D. Francisco Blay Villasante ..... 35
- 1.4 "Los mercenarios a la luz del Derecho Humanitario". D. Luis Maside Miranda ..... 67
- 1.5 "Reflexiones sobre el contrato de arrendamiento de Casas Militares en el Ramo del Aire". D. Rafael Ruiz Manteca y D. Antonio Rafael Hernández Olivencia ..... 83
- 1.6 "El derecho a la objeción de conciencia en tiempo de guerra". D. Juan Manuel García Labajo ..... 117

#### 2. NOTAS

- 2.1 "La ratificación por España de los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 y el concepto de buque de guerra aplicable en los conflictos armados en la mar". D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto ..... 141
- 2.2 "El Derecho de Petición. Algo más que un "derecho inofensivo". D. Luis Fernando Vigier García ..... 151
- 2.3 "¿Hacia un recurso especial en materia de contratación?". D. José Luis Fernández Fernández ..... 159
- 2.4 "La acción civil en el proceso penal militar". D. Juan Manuel García Labajo ..... 161
- 2.5 "En torno a la nueva Jurisdicción Militar". D. Arturo Hernández Muntiel ..... 175
- 2.6 "Caracterización jurídica de la Guardia Civil". D. Manuel Antonio Martín Vicente ..... 187

#### 3. INFORMACION

- 3.1 "Doctrina Legal del Consejo de Estado". José Leandro Martínez Cardós Ruiz ..... 213
- 3.2 "Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria". D. Antonio Millán Garrido ..... 237



## II TEXTOS

### 1. LEGISLACION

1.1 Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional .....	251
1.2 "La reforma del procedimiento laboral". D. Antonio Juan Carlos Fernández Martín .....	301
1.3 Ley de Bases de Procedimiento Laboral .....	303

## TOMO II

### 2. JURISPRUDENCIA

2.1 "Penal y Procesal. Sala de lo Militar del Tribunal Supremo". D. Javier Sánchez del Río Sierra .....	335
2.2 "Contencioso-disciplinario militar. Sala de lo Militar del Tribunal Supremo". D. Javier Sánchez del Río Sierra .....	433
2.3 "Contencioso-administrativa". D. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández .....	481
2.4 "Jurisprudencia Laboral". D. Antonio Juan Carlos Fernández Martín .....	537

### 3. DOCUMENTACION

Información del C.I.C.R. sobre el estado de ratificación de los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977 .....	633
---	-----

## III VARIOS

### 1. RECENSION DE LIBROS

1.1 MANGAS, ARACELI: "Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario". D. Javier Sánchez del Río Sierra .....	643
1.2 CALDERON SUSIN, EDUARDO: "La atenuante de arrepentimiento espontáneo". D. Miguel Saenz Sagaseta de Hurdoz .....	646
1.3 FUENTES ROCAÑIN, JOSE CARLOS Y CABRERA FORNEIRO, J.: "Psiquiatría y Derecho". D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto .....	649
1.4 ROJAS CARO, JOSE: "Derecho disciplinario militar". D. Luis Alvarez Roldán .....	651
1.5 MILLAN GARRIDO, ANTONIO: "La objeción de conciencia al servicio militar". D. Antonio Mozo Seoane .....	654

1.6	LORCA NAVARRETE, ANTONIO M.: "Comentarios a la Ley Procesal Militar". D. Antonio Millán Garrido .....	658
1.7	"Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Quinta de lo Mili- tar". D. Antonio Millán Garrido .....	660
<b>2.</b>	<b>RECENSION DE REVISTAS</b>	
2.1	"Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, XXVIII (1989)". D. Antonio Millán Garrido .....	663
2.2	"Revista Argentina de Derecho Militar, números 8 y 9 (1989)". D. Antonio Millán Garrido .....	667
<b>3.</b>	<b>MISCELANEA</b>	
3.1	"Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar". D. Juan Manuel García Labajo .....	671
3.2	"Cursos de Derecho de la Guerra del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española". D. Manuel Antón Ayllón .....	673
3.3	"I y II Cursos sobre Régimen Disciplinario militar". D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto .....	675

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

## CENTENARIO

En este año –concretamente el 27 de septiembre de 1990– se cumple el I Centenario de la promulgación del Código de Justicia Militar de 1890. Con motivo de su sustitución por el Código de Justicia Militar de 1945, el recordado Auditor Don Félix Ochoa y Alvarez Cascos publicó en “El Telegrama del Rif” un jugoso artículo titulado “Necrología de un Código”. Tampoco pretendemos con éstas líneas hacer una exposición técnico jurídica del mismo sino sólo un recuerdo, un “in memoriam” de este cuerpo legal, del cual dijimos en otro lugar que, “durante más de cincuenta años (los últimos con intensidad de aplicación quizás no superada por ningún código penal militar del mundo), ha venido rigiendo en anchas zonas de la vida jurídica española; matizando sin embargo que lo fué con el estrambote de la Ley de Jurisdicciones, de 20 de marzo de 1906, con diversas reformas parciales y sobre todo con las modificaciones dispuestas a consecuencia de nuestra guerra civil, especialmente la Orden Circular de 25 de enero de 1940 sobre “examen de penas”, verdadero paradigma de irregularidades jurídicas.

Pero, cualesquiera que hayan sido sus vicisitudes, modificaciones y áreas de vigencia, el cuerpo legal castrense que conmemoramos culmina y resume la primera parte del proceso codificador de nuestra Jurisdicción Militar; parte surgida no mucho tiempo después del Decreto de 9 de abril de 1874 militarizando el Cuerpo Jurídico Militar, hasta entonces civil, y así mismo como fruto de lo que el Profesor González-Deleito (1) llamó el “inicio de un pensamiento jurídicomilitar digno de estudio”. A esa primera fase siguen una segunda –también con un amplio período de vigencia–, formada por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, del que pudiera decirse que fué una ocasión desperdiciada para aprovechar las experiencias y técnicas ya imperantes en la época, que le hubieran llevado a adecuarse a la altura de los tiempos. Cuarenta años más tarde empieza un tercer período codificador, materializado en los vigentes: Código penal militar de 9 de diciembre de 1985, Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, de 15 de julio de 1987 y Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989. Las vicisitudes y alcances de cuyas tres normas básicas de la Justicia

(1) Nicolás González-Deleito y Domingo, “La evolución histórica de la Jurisdicción Militar”, proveniente de su magnífica Tesis doctoral y publicada en el nº 38 (1979) de esta Revista Española de Derecho Militar.

castrense, fueron concisa y útilmente expuestos por Antonio Millán Garrido en los respectivos tomos (1986, 1987 y 1989) publicados por Editorial Tecnos, Madrid.

Los precedentes legales inmediatos del Código de 1890, al que nos estamos ciñendo en estas líneas, están resumidos así:

a) En el Ejército de Tierra se promulgaron poco tiempo antes: la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones, de 10 de marzo de 1884; el Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre del mismo año; y la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de septiembre de 1886.

b) En la Marina de Guerra, el Código penal de 24 de agosto de 1888 y la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Marina; más la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, ambas de 10 de noviembre de 1884.

Los tres cuerpos legales del Ejército se refundieron, en cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1890, y por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890, se promulga el Código de Justicia Militar cuyo centenario motiva éstas notas. La Ley Orgánica de Tribunales de Guerra pasa a ser el Tratado I del nuevo Código; el Código penal del Ejército, el Tratado II, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, el Tratado III. Resta advertir que, en la Marina subsisten los tres Códigos precitados, sin producirse su refundición.

Los escasos tratadistas que comentan la corta vida legal de estos precedentes del Código de 1890 son constantes en afirmar que, especialmente el Código penal de 1884, “se sustraían al carácter tradicional de nuestro Ejército, consagrado por las Ordenanzas” (2), o decir (3) que, “se le tachó de poco militar, de sustraerse al carácter tradicional de nuestro Ejército”; llegando a llamarle “paisano con forro de cuartel”; o, más genéricamente consignar (4), “que se separó demasiado del espíritu y sanos principios de nuestra tradición penal militar para inspirarse en corrientes doctrinales del momento”. Pero más adelante dirá el autor últimamente citado (Fernando de Querol) que “el Código de Justicia remediaba en gran parte los defectos fundamentales de aquellas leyes, estableciendo una loable amplitud judicial en la apreciación de la prueba y las circunstancias de los hechos enjuiciables, así como en el grado de la pena a imponer, etc.”

Por motivos, pues, más bien políticos que técnicos, surgió así un Código que organizaba y desarrollaba la jurisdicción castrense según lo que Ricardo Calderón Serrano (5) llama el sistema administrativo, en contraposición a la

(2) Nicasio Pou Ribas, “Código de Justicia Militar”, pág. 4. Editorial Reus. 1927. Manual que constituye un sereno y práctico tratamiento del tema.

(3) Fernando Alarcón Roldán, “Código de Justicia Militar vigente”, págs. 7-8. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1940.

(4) Fernando De Querol y Durán. “Principios de Derecho Militar Español”. T. I, pág. 42. Editorial Naval. Madrid 1946. La obra —muy valiosa—, que consta de dos tomos, se refiere al Código de Justicia Militar de 1945 y supone su primer y fundamental comentario.

(5) “El Ejército y sus Tribunales (Segunda parte)”, pág. 148. Ediciones Lex. México, D.F. 1946.

Jurisdicción según un sistema judicial con órganos independientes del Poder Ejecutivo. Y así, el artículo 24 del Código del 90 atribuye el ejercicio de la Jurisdicción de Guerra a los Generales en Jefe de Ejército, Capitanes Generales de Distrito y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, Gobernadores de plaza sitiada o bloqueada, y a los Consejos de Guerra Ordinarios y de Oficiales Generales, siendo atribuidas las facultades supremas de revisión y resolución de disentimientos al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

Este ejercicio directo de la potestad judicial encomendado a las Autoridades Militares, sólo lo condicionó el Código a que fuera prestado de conformidad con el parecer o dictamen del Auditor de Guerra (art. 26), funcionario letrado al que puede atribuirse, en verdad, el título de elemento técnico de la justicia castrense, si bien su función estaba más cerca de un servicio de asesoramiento que de la misión plena judicial característica del Magistrado. El Código, además, encomendó las funciones de instrucción de los procedimientos a militares sin condición de letrados, como asimismo las propias del Defensor y del Ministerio Fiscal, hasta que en 1919 se creó, con esfera de actuación limitada a los procesos por delitos comunes o en los que estuviera implicado algún paisano, la figura del Fiscal Jurídico Militar, funcionario del Cuerpo Jurídico castrense.

La vigencia en el Código de Justicia Militar de 1890 de este llamado sistema administrativo, se quebró radicalmente con el advenimiento de la República; y así desde las Leyes de 11 de mayo, 3 y 17 de julio de 1931 hasta el inicio de la guerra civil en 1936, se implantó el sistema judicial en que las atribuciones de la Autoridad Judicial Militar quedaron ejercidas exclusivamente por el Auditor; el Ministerio Jurídico Militar (dependiente de la Fiscalía General de la República) que absorbió las funciones de los Fiscales Militares, los cuales desaparecerían; la Defensa se cubría indispensablemente por Abogados colegiados y el Consejo Supremo de Guerra y Marina era sustituido por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, dándose decisivos pasos en un proceso de tecnificación e independencia de la Jurisdicción castrense. Este sistema sufrió coyunturales alteraciones de estructura y funcionamiento en la zona territorial que permanecía leal al Gobierno de la República y desapareció totalmente al término de la guerra civil. Nos remitimos para mayor detalle a nuestras "Notas sobre la organización de Tribunales militares en la Guerra Civil (1936-1939)", publicados en el nº 504 de la Revista General del Derecho, Valencia 1986, y al precitado libro de Calderón Serrano, en sus páginas 92 a 96.

Restablecida su azarosa vida, especialmente en éste último período en que sufrió múltiples modificaciones, singularmente en el tratamiento penal y desarrollo procesal del delito de rebelión militar, fué sustituido como ya hemos dicho, por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, dándose fin así a los precitados cincuenta años de vigencia, no exenta de intermitencias y variantes.

Tras dar cuenta de la motivación extrajurídica que determinó sustituyera a los Códigos de 1884 y 1886, así como de las vicisitudes de su larga vida legal, parece más útil que el entrar en la pormenorización de su contenido, pasar a enumerar algunas de las fundamentales diferencias respecto del Código penal de 1884, y así, destacar: la inclusión de faltas graves y leves, muchas de aquellas degradadas de la categoría de delitos; remisión al Código penal común del tratamiento de las causas de extinción de responsabilidad, reservándose sólo algunas de imposible aplicación en la vida jurídico militar; fijación de criterios o pautas para graduar la extensión de las penas, pautas que sin suponer formales circunstancias modificativas, limitaron bastante el muy amplio arbitrio judicial del Código anterior; sustitución de los preceptos en que se castigaban varios importantes delitos comunes mediante la fórmula de aplicar la penalidad ordinaria más una agravación para el militar que los cometa; supresión de las escalas graduales de penas, quedando en su lugar una lista de penas militares y comunes en las que se excluyen de las primeras el arresto militar, la suspensión de empleo, el destino a Cuerpo de disciplina y el recargo en el servicio, que por ser anejos a las faltas y no a los delitos toman el carácter de correcciones y no el de penas; extensión a los paisanos de los preceptos relativos a la rebelión militar cuando se sumen a los alzamientos armados o contra órganos políticos en los que como sujetos activo o pasivo intervengan militares, real o formalmente; asimismo se amplía el catálogo de los supuestos delictivos sediciosos comprendiendo varios casos de intervención de paisanos; se configura el delito de insulto a fuerza armada en un amplio sentido (de palabra, por escrito u otra forma equivalente); se sitúan bajo más adecuadas rúbricas las extralimitaciones en el ejercicio del mando y asimismo la antigua deserción del Oficial; se desglosan para, convertidas en faltas graves, pasar al Título XI (“De las faltas y correcciones”) del Libro II, muchas infracciones del Título IV del Código del 84 (“Delitos contra los deberes del servicio militar”) que ahora se llaman en el Código de 1890, bajo el número VIII, “Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército”; creándose, finalmente, un capítulo especial para los delitos contra el honor militar, si bien su contenido no concuerda exactamente con la rúbrica ni bajo ella se hallan todas las infracciones que afectan a tal bien jurídico.

Sin destacar pormenorizadamente otros puntos polémicos del contenido del Código de 1890, nos detendremos solo en el llamado problema de la exigencia expresa de voluntariedad en los delitos militares, problema que se generó al suprimirse en dicho nuevo texto legal este requisito de culpabilidad, que también bajo la fórmula de “malicia” tenían las leyes penales de la Marina de Guerra; siendo por lo demás carácter inherente e imprescindible para configurar cualquier delito. El vigente Código Penal Militar de 1985 se

(6) “Observaciones para aplicación del Código de Justicia Militar”, citado sin más referencias por Nicasio Pou, en su precitado Manual. pág. 173 y siguientes.

apresura a establecer categóricamente en su artículo 2º: “No hay pena sin dolo o culpa”.

Antonio Conejos decía (6), “entendemos que ha hecho bien el Código en suprimir la palabra “voluntarios” que todas las leyes penales han venido empleando para designar las acciones u omisiones constitutivas de delito. Resulta mas claro en esta forma el precepto legal, y tratándose de Tribunales militares, llena mejor su objeto que si en él se comprendieran frases cuyo significado había de prestarse a reflexiones de orden metafísico”. Los tres ejemplos clásicos para justiciar esta endeble postura son los de: el centinela que se duerme, el militar que huye ante el enemigo y el de la voz sediciosa encubierta por los seis más próximos. Unas veces se fundamenta la punición en la negligencia en evitar el sueño; en otro caso en la consideración de que el miedo no puede ser fuerza irresistible para el militar primero en huir frente al enemigo o, finalmente, en una suerte de connivencia o encubrimiento de los seis más próximos el sitio donde hay salido la voz sediciosa (7). Hoy no pueden sostenerse estas tesis anticulpabilistas; y menos con Códigos obedientes a un sistema de jurisdicción independiente del poder ejecutivo. Afortunadamente la disciplina militar que imperó en su época y el buen sentido de los Tribunales actuantes dió lugar a una prácticamente nula aplicación de las normas precitadas.

En suma y si hemos de dar una impresión final, podríamos remitirnos a lo ya dicho recientemente (8) cuando, de modo somero nos referíamos a este cuerpo legal, dejando expresamente a un lado modificaciones y leyes especiales que tanto alteraron su imagen originaria: “Tuvo gran valor intrínsecamente práctico. Con graves errores técnicos que denotan poca sujeción a principios científicos, pero con hábiles fórmulas penales resultó atento a las necesidades del Ejército, que pronto se familiarizó con su sencillez y atemperó su uso a un sentido más realista que rigurosamente dogmático”. Sufrió como pocos los avatares de la política y en especial de una guerra civil, erosionándose considerablemente su imagen. En su disculpa, recordemos a Ortega cuando decía que, en la cópula de lo jurídico con lo político, lo político desempeña siempre el papel del macho. Y apostemos por un Estado de Derecho.

*Francisco Jiménez y Jiménez*  
*General Consejero Togado*

(7) Vid. Jiménez y Jiménez, “En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar”, publicado en el nº 5 (1958) de esta Revista, páginas 83-100.

(8) Vid. Jiménez y Jiménez. “Introducción al Derecho Penal Militar”, pág. 194. Editorial Civitas. Madrid, 1987.

## **OBSERVACIONES EN TORNO AL NUEVO DERECHO DEL MAR EN RELACION CON LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (\*)**

Manuel PÉREZ GONZÁLEZ  
*Catedrático de Derecho Internacional*

La finalidad perseguida con estas reflexiones generales es la de ofrecer algunos puntos de discusión (sin pretensión, pues, de exhaustividad) en relación con los principios y reglas jurídico-internacionales aplicables al uso de la fuerza en el mar, y ello desde la perspectiva del nuevo Derecho del Mar, es decir, teniendo en cuenta la medida en que la evolución reciente del orden jurídico-marítimo internacional puede influir de un modo u otro en la configuración y en la aplicación de aquellos principios y reglas.

En este sentido, consideremos en primer lugar algunas cuestiones generales, para analizar brevemente a continuación unos cuantos aspectos específicos.

### **I. CUESTIONES GENERALES**

1. El Derecho del Mar (en cuanto Derecho de la paz) y el Derecho relativo a los conflictos armados en el mar (en cuanto Derecho de la guerra) son dos partes del Derecho internacional público que coexisten y se complementan mutuamente para atenuar, en la medida de lo posible, la perturbación que representa en el orden jurídico del mar un conflicto armado (T. HALKIOPOULOS).

Una consecuencia de ello es la necesidad de salvaguardar al máximo en tiempo de conflicto armado ciertos principios del Derecho del Mar, algunos de ellos tradicionales, como la libertad de navegación en alta mar para los buques de todos los Estados (artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre la alta mar de 29 de abril de 1958, artículo 87 de la Convención de las

(\*) Ponencia presentada por el autor en la Mesa Redonda Internacional de Expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario, aplicable en los Conflictos Armados en el mar, Madrid, 26-29 de Septiembre de 1988.

Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982), y otros innovadores, como el relativo a la “utilización pacífica” de los espacios marinos, que en la nueva Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar aparece enunciado con carácter general en el artículo 301 y en relación con espacios o actividades concretas en diversas disposiciones de la propia Convención (artículo 88 para la alta mar, artículo 141 para la Zona de Fondos Marinos y Oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, artículo 240 en relación con la investigación científica marina...). Y si bien es cierto que la noción de “utilización pacífica” en el nuevo Derecho del Mar no afecta en general a la licitud de las actividades militares en el mar –siempre que éstas se ajusten a las reglas jurídico-internacionales específicas que regulan su ejercicio–, ello no obsta para que, en una justa ponderación de los intereses marítimos en presencia (actividades militares y actividades económicas en ciertos espacios, p.e.), dicha noción sirva para apoyar el efecto útil de preservar en la mayor medida posible las actividades en función de las cuales fue concebido preferentemente el régimen jurídico del espacio de que se trata (en este sentido, y en relación con espacios como la Zona económica exclusiva y la Zona de Fondos Marinos, F. FRANCIOSI).

2. La evolución del Derecho relativo a los conflictos armados en el mar, al igual que la del Derecho de la guerra en general, ha venido a verse profundamente afectada por la prohibición general del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, que en su formulación genérica del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas puede considerarse hoy un principio de Derecho internacional general con carácter de *ius cogens* (y ello sin perjuicio de que la operatividad del principio esté vinculada a condiciones como el fortalecimiento del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, la instauración de procedimientos idóneos de determinación objetiva de los supuestos de violación del principio –agresión, represalias que entrañen el uso de la fuerza...–, etc.).

Ello no significa que las reglas bien establecidas del Derecho relativo a la guerra marítima queden descartadas por efecto de tal prohibición; y ello, como ha advertido O’CONNELL, tanto porque en el supuesto de una guerra general contraria a la Carta la alternativa a la aplicación de esas reglas sería que los beligerantes se verían privados de las ventajas de la ordenación jurídica (p.e. en el terreno humanitario), como porque en el supuesto de una guerra limitada, en cuyo concepto se basan las operaciones navales contemporáneas, se sigue recurriendo a diversas instituciones tradicionales del Derecho relativo a la guerra marítima.

Por lo demás, la referida prohibición general del recurso a la fuerza conlleva la necesidad de determinar en cualquier supuesto de conflicto armado a quién se atribuye la violación de la prohibición que suponga “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma

incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”, según el artículo 1 de la Definición de la agresión incorporada a la resolución de la A.G.N.U. 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974; y ello en la medida en que frente a una tal violación se justifica el recurso a la legítima defensa previsto con carácter general en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

En los conflictos armados en el mar, el derecho inmanente (*inherent right*) de legítima defensa no excluye la perentoria aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad que en la conducción de las hostilidades aportan limitaciones a la conducta de los beligerantes, y ello en cuanto a: a) el teatro de las operaciones; b) la escala de las operaciones y el nivel de armamento; y c) la graduación de la fuerza y la escala de la respuesta.

3. A pesar de la evolución tecnológica que conduce a la creación y *stockage* de nuevas armas de efectos devastadores (armas de destrucción masiva o A.B.C.) y a la puesta a punto de técnicas de modificación del medio ambiente con fines bélicos y hostiles, y a pesar de la justificación política en dicho contexto de la idea de la guerra total, jurídicamente siguen teniendo vigencia, dentro del Derecho regulador de los conflictos armados en el mar, la distinción entre objetivos permitidos (*lawful objectives*) y objetivos prohibidos (*unlawful objectives*), por una parte, y la distinción entre población civil y combatientes –a los efectos de discernir las correspondientes reglas de protección (cfr. el artículo 49.3 del Protocolo I de 11 de diciembre de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales)–, por otra parte. Como ha sostenido el I.D.I. en su reunión de Edimburgo de 1960, “la obligación de respetar la distinción entre objetivos militares y objetivos no militares, así como la de las personas que toman parte en las hostilidades y los miembros de la población civil, continúa siendo un principio fundamental del Derecho internacional en vigor”; principio, por lo demás, recogido en el citado Protocolo I (artículos 52.2, 51.2, etc.). Tales reglas protectoras, que no han perdido su vigencia pese a las nuevas circunstancias, implican el rechazo de ataques navales indiscriminados, etc., y deberían ser desarrolladas en cualquier futura regulación jurídica específica de los conflictos armados en el mar, aun sin dejar de reconocer, en la línea de autores como H. MEYROWITZ, la dificultad de aplicar, en el teatro *marino* del conflicto –abstracción hecha, pues, de los supuestos de ataques navales contra objetivos en tierra– ciertas reglas como la de la doble discriminación enunciada a título de regla fundamental en el artículo 48 del Protocolo I, dadas las propias especificidades de la contienda marítima.

4. La consideración anterior está conectada a la cuestión de los *medios* –lícitos e ilícitos– de combate (cfr. artículo 35 del Protocolo I), en la medida en que, p.e., ataques indiscriminados son, entre otros, “los que emplean... medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar” pudiendo alcanzar en consecuencia indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil (artículo 51.4 del Protocolo I).

En este terreno, y aunque resulte duro aceptarlo, el debate no se reduce hoy a una valoración de los intereses humanitarios frente al interés militar, sino que pasa a depender en buena parte del efecto que una determinada prohibición pueda tener en el equilibrio militar entre las potencias (F. KALSHOVEN). De ahí que, como ha dicho O. CASANOVAS, a pesar de que sea posible e incluso necesario distinguir entre el Derecho del desarme y el Derecho de los conflictos armados, de hecho la apreciación de las necesidades militares desde la perspectiva del equilibrio de los armamentos desplaza frecuentemente la cuestión de la prohibición de determinadas armas al ámbito del desarme. Ello es aplicable a la cuestión álgida, tan debatida en los foros internacionales, del uso potencial de las armas nucleares en caso de conflicto armado. En relación con el ámbito marino, y en el marco del debate llevado a cabo en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en torno a la noción de utilización pacífica, una gran potencia marítima como los Estados Unidos, sosteniendo el punto de vista de que dicha noción no excluye la realización de actividades militares en el medio marino, estimó que toda limitación específica de tales actividades supondría la negociación de un acuerdo circunstanciado sobre control o limitación de armamentos.

Todo esto nos lleva a apreciar la conveniencia de que, paralelamente al desarrollo progresivo del Derecho aplicable a los conflictos armados en el mar, se avance en el camino del desarme, siendo una discreta muestra de lo conseguido hasta ahora en este terreno en relación con los espacios marinos el Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras de destrucción masiva en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, de 11 de febrero de 1971, el cual, como se sabe, no entraña sino una desnuclearización parcial (limitación a las instalaciones fijas, aplicación *ratione loci* más allá de las 12 millas, etc.).

5. La posibilidad para los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (una vez que ésta entre en vigor) de sustraer de los procedimientos obligatorios de arreglo de controversias previstos en la Sección 2 de la Parte XV de la Convención las controversias relativas a actividades militares (art. 298.1.b) de la Convención) —posibilidad que según algunos autores como QUENEUDEC abona la tesis de la licitud de dichas actividades a los ojos de la Convención a despecho de las cláusulas de utilización pacífica—, hace tanto más necesaria la clarificación de las reglas referentes a las operaciones navales tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra en el marco del Derecho internacional actual.

6. En vista de un desarrollo progresivo del Derecho internacional relativo a los conflictos armados en el mar, procede extender, *mutatis mutandis*, las reglas pertinentes a las operaciones militares llevadas a cabo por las Naciones Unidas a través de fuerzas navales (cfr. artículo 42 de la Carta) en el marco de la seguridad colectiva.

7. Aparte de las reglas del *ius in bello*, es importante seguir desarrollan-

do las reglas orientadas a prevenir los conflictos o reducir los riesgos de los mismos, estableciendo, p.e., las circunstancias en que determinadas acciones, operaciones o maniobras efectuadas en tiempo de paz en ciertas zonas o espacios pueden ser provocadoras de conflicto. Cabe citar a este respecto, y en relación con el ámbito marítimo, la adopción de diversas medidas destinadas a reforzar la confianza recíproca en distintos foros multilaterales o bilaterales, como la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (cláusulas sobre notificación previa de maniobras u operaciones en el Acta de Helsinki), las negociaciones S.A.L.T. (Acuerdo sobre la prevención de los accidentes en alta mar y en el espacio aéreo de las Partes, de 25 de mayo de 1972, y Protocolo de 22 de mayo de 1973).

En esta línea, es preciso tener en cuenta la necesidad de evitar acciones generadoras de tensión como el despliegue de fuerzas aeronavales en áreas marítimas próximas a espacios bajo soberanía o jurisdicción de otro Estado con fines intimidatorios y no de entrenamiento, etc.

## II. ALGUNAS CUESTIONES ESPECIFICAS

1. A los efectos, entre otros, de la distinción en la guerra marítima entre combatientes y no combatientes (y dejando aparte cuestiones como la de la transformación de buques mercantes en buques de guerra), se hace necesario definir el *buque de guerra*. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982, siguiendo la línea definitoria de la Convención de Ginebra sobre la alta mar de 1958 (artículo 8.2), aporta en su artículo 29 una definición restrictiva del buque de guerra sobre la base de cuatro elementos formales (pertenencia a las fuerzas armadas de un Estado, ostentación de los signos exteriores distintivos, colocación bajo el mando de un oficial designado por el gobierno del Estado, sujeción de la dotación a la disciplina de las fuerzas armadas regulares), elementos éstos a los que, a juicio de algún autor, hubiera sido oportuno añadir el de la afectación del buque a una misión militar (B. VUKAS). La Convención de 1982 confirma, por lo demás, la inmunidad de los buques de guerra en lo que concierne al paso inocente por el mar territorial (artículo 32) y a la navegación en alta mar (artículo 95), sin perjuicio de las consecuencias y responsabilidades que se deriven del incumplimiento de las reglas pertinentes para el propio buque o para el Estado del pabellón (artículos 30 y 31). En un aspecto que tiene que ver con la prevención de conflictos armados, se ha sostenido la imposibilidad jurídica para el Estado ribereño no sólo de prohibir o limitar el acceso de fuerzas aeronavales extranjeras a su Z.E.E., sino también de reglamentar las condiciones de circulación de dichas fuerzas por este espacio en la medida en que la ejecución de las leyes y reglamentos ribereños (artículo 73) tropezaría con la regla de la inmunidad por aplicación extensiva a la Z.E.E. del citado artículo 95 de la Convención (QUENEUDEC). Con

todo, parece conveniente extender al Estado ribereño en esta Zona –tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra supuesto el carácter neutral de dicho Estado– el derecho de exigir la salida de la misma del buque de guerra infractor que se le reconoce respecto del paso inocente por el mar territorial.

Finalmente, y a despecho de la inaplicabilidad a los buques de guerra, *ratione immunitatis*, de las disposiciones de la Convención relativas a la protección y preservación del medio marino (artículo 236), habrá que tener en cuenta en este aspecto, además de principios como el del uso razonable y obligaciones como la de velar el estado del pabellón por que las operaciones de tales buques se lleven a cabo de manera compatible con las disposiciones de la Convención (artículo 236 *in fine*), determinadas normas del Derecho aplicable a los conflictos armados como la contenida en el artículo 35.3 del Protocolo I de 1977, la cual declara “prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural” (prohibición reiterada en el artículo 55 del propio Protocolo I).

2. En relación con lo anterior, parece oportuno referirse a un supuesto de la práctica reciente como el conflicto entre Irán e Irak (“guerra del Golfo”). Pese a no estar vinculadas las partes beligerantes por el Protocolo I de 1977 ni por otros textos convencionales como la Convención de las Naciones Unidas de 10 de octubre de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, procede sostener en el supuesto la existencia de una obligación general de no causar daño al medio ambiente en otros Estados o en regiones no sujetas a ninguna soberanía (Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972, Convención regional de Kuwait para la protección del medio marino contra la contaminación de 24 de abril de 1978), obligación que se presume aplicable en tiempo de conflicto armado internacional en las relaciones entre los Estados beligerantes y los terceros Estados (E. DAVID). De hecho, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pese a no haber denunciado expresamente los atentados al medio ambiente de cada una de las partes beligerantes resultantes inevitablemente de las operaciones militares en general, les ha instado, por una parte, a cesar las hostilidades señaladamente contra “todas las terminales e instalaciones en el mar”, y por otra parte a “abstenerse de toda acción susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad así como la flora y la fauna marina en la región del Golfo” (resolución 540 (1983)).

3. En lo tocante a la cuestión de la navegación y la realización de operaciones navales en los distintos espacios marinos, procede distinguir en principio entre tiempo de paz y tiempo de guerra, y, en este contexto es preciso reconocer que las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 –afincada en el Derecho internacional de la paz– no son automáticamente aplicables a situaciones de conflic-

to armado ni reemplazan el Derecho convencional en vigor relativo a los conflictos armados en el mar (cfr. artículo 311.2 de la Convención); si bien las ideas ya expuestas (*supra*, I,1) de utilización pacífica y de atenuación en lo posible de la perturbación que en relación con los usos lícitos del mar representa un conflicto armado, sirven de justificación para la prevalencia, incluso en tiempo de guerra, de los intereses amparados por el Derecho de la paz (libre y segura navegación de los buques de los Estados ajenos al conflicto, ejercicio expedito por parte del Estado costero de sus derechos soberanos en espacios como la Z.E.E., seguridad ribereña, etc.).

4. Diversas cuestiones relacionadas con la navegación de los buques de guerra parecen seguir siendo objeto de controversia en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: Así, en cuanto al paso inocente (diferencias de interpretación, explicitadas en las declaraciones finales de la III Conferencia, con respecto al derecho del Estado ribereño de sujetar el paso de dichos buques a autorización o a una previa notificación), en cuanto al paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional (cuestionamiento del derecho de los submarinos de navegar en inmersión), en cuanto a la realización de maniobras navales en una Z.E.E. extranjera (discrepancias entre quienes la defienden con carácter absoluto con base en la referencia a “otros fines del mar internacionalmente legítimos” relacionados con las libertades del mar del artículo 58.1 *in fine* de la Convención y quienes la rechazan rehusando tal interpretación de dicho precepto –países como Brasil, Cabo Verde y Uruguay han declarado, p.e., que no autorizarán en sus respectivas zonas económicas maniobras navales–), en cuanto a la alta mar (autores como B. VUKAS sostienen que, aun a falta de disposiciones convencionales explícitas sobre prohibición de pruebas nucleares en alta mar, tal prohibición existe en tanto que principio consuetudinario), etc.

5. En tiempo de conflicto armado, la “región de la guerra”, a los efectos del despliegue bélico de las fuerzas navales, comprende tradicionalmente la alta mar, las aguas territoriales de los beligerantes, el espacio terrestre accesible a dichas fuerzas y el espacio aéreo suprayacente a esas distintas zonas, quedando excluidas las aguas territoriales de los Estados neutrales (artículo 2 de la Convención XIII de La Haya relativa a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima de 18 de octubre de 1907) y ciertos espacios sujetos a regímenes convencionales especiales.

La cuestión se plantea hoy en relación con nuevos espacios como la Z.E.E., dotado en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de una naturaleza jurídica *sui generis* en razón de los derechos especiales que en ella ostenta el ribereño (cfr. artículos 86 y 88 de la Convención).

Para algunos, la vinculación de la noción de neutralidad a la de soberanía territorial (de la que carece el Estado ribereño en la Z.E.E.) excluiría la

posibilidad de extender las reglas de la Convención XIII previstas para las aguas bajo soberanía ribereña neutral a la nueva Zona, lo que supondría la posibilidad jurídica de desarrollarse actos de hostilidad entre los beligerantes (combates *ship to ship* y otras operaciones como la captura, el ejercicio del derecho de visita, etc.) en la Z.E.E. de Estados neutrales “en cuanto ejercicio legítimo de derechos tradicionales bajo el Derecho de la guerra” (E. RAUCH). Para otros, la “neutralización” de una tal Zona sería una empresa loable pero utópica (H. LABROUSSE). Para otros, en fin, la titularidad ostentada en la Z.E.E. por los Estados ajenos al conflicto armado de unos derechos soberanos exclusivos y concretos (artículos 56 de la Convención de 1982) impone a los Estados partes en el conflicto obligaciones especiales de respeto y salvaguardia a través de las precauciones apropiadas; obligaciones que sobrepasarían con mucho aquéllas que se derivan del deber general de los Estados de ejercer en la alta mar las consabidas libertades teniendo debidamente en cuenta el interés que representa el ejercicio de tales libertades para los demás Estados (T. HALKIOPOULOS).

En definitiva, cuestiones como la de la posibilidad de que en tiempo de guerra una Z.E.E. neutral sirva de campo de operaciones de flotas beligerantes o la de que un submarino perseguido en alta mar halle refugio en una tal Zona (R.-J. DUPUY) reclaman reglamentaciones *ad hoc* basadas en una justa ponderación de los intereses en juego, en la línea apuntada por el artículo 59 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En cuanto a las aguas archipelágicas en tanto que nuevo espacio dependiente de la soberanía del Estado-archipiélago (Parte IV de la Convención de 1982), parece obvia la aplicación analógica de las reglas de la Convención XIII de La Haya concernientes a las aguas territoriales de los Estados neutrales, a reserva de la extensión, *mutadis mutandis*, de las reglas relativas al tránsito por los estrechos en tiempo de guerra a las llamadas vías marítimas archipelágicas.

Por lo que respecta a la Zona de fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, y pese a que en principio su régimen jurídico no supone una afectación de las operaciones navales o aéreas en las aguas y el espacio aéreo suprayacentes a dicha Zona, habrá que tener en cuenta, por una parte, las prescripciones del Tratado de 1971 de desnuclearización del fondo del mar, y, por otra parte, la necesidad de preservar en la mayor medida posible, en las áreas de explotación de recursos convenidas dentro de la Zona, las actividades de prospección y extracción que se lleven a cabo de acuerdo con las previsiones del régimen convencional de 1982 –con dependencia, naturalmente, del grado de aceptación formal que en este punto alcance en el futuro la Convención–.

En lo referente, en fin, al lecho del mar y su subsuelo en la Z.E.E. –al que en cuanto a los derechos ejercitables se aplicará el régimen relativo a la plataforma continental (artículo 56.3 de la Convención de 1982)–, urge pre-

venir, al amparo del artículo 60, la colocación por potencias extranjeras de instalaciones militares fijas (p.e. dispositivos de escucha submarina) sin la autorización del ribereño; y aun hay quién, con base en una estricta interpretación del régimen de los derechos otorgados al ribereño en la plataforma continental, defienden la prohibición para éste de utilizar dicho espacio para construir instalaciones militares (así, DUPUY, CHARLES, BROWN...).

6. Problemas delicados plantea el paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional, y ello tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

Como es sabido, a lo largo de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y en el marco del *package-deal* de la Conferencia, la tesis de las grandes potencias del paso en tránsito –que conlleva la posibilidad de navegación en inmersión de los submarinos y el libre sobrevuelo de las “aeronaves de Estado”, incluidas las militares– prevaleció sobre la tesis de los Estados ribereños de estrechos del paso inocente. No obstante, cabe recordar que la introducción de la nueva regulación no fue pacífica, y así un Estado como España, a lo largo de la Conferencia e incluso una vez adoptada la Convención de 1982, no dejó de expresar en actas sus reservas sobre dicha regulación, sobre todo en lo que respecta a las condiciones excesivamente laxas. Las establecidas para la aviación militar en sobrevuelo por los estrechos (artículo 39.3.a) de la Convención: “las aeronaves de Estado cumplirán *normalmente* (las) medidas de seguridad” establecidas por el Reglamento del Aire), regulación considerada lesiva para la seguridad ribereña. En este terreno, pues, para los Estados ribereños de estrechos –Estados “particularmente interesados” en el proceso de formación de una nueva norma jurídico-internacional, según la expresión del T.I.J. en el asunto de la *plataforma continental del Mar del Norte*–, y en tanto no devengan partes en la Convención y mantengan su oposición al nuevo régimen, éste no les será oponible en tanto que Derecho internacional consuetudinario. Y esta posición, verosímilmente, no sería distinta ante situaciones de conflicto armado, incluidas situaciones de conflicto *short of war*.

Hecha esta salvedad, por referencia a la utilización de los estrechos en tiempo de guerra, es de advertir que la práctica estatal es diversa en orden a sentar el derecho de los buques beligerantes (mercantes e incluso de guerra) a efectuar el tránsito por estrechos neutrales, si bien los casos en que el tránsito fue garantizado –en los que, no obstante, habría que analizar las motivaciones de base de las respectivas posiciones y las condiciones concretas del paso– superan en número a aquéllos que pudieran invocarse en contrario. Por lo demás, se ha admitido doctrinalmente la posibilidad de que el Estado ribereño neutral adopte en relación con el tránsito las medidas indispensables para la protección de su propia seguridad, como el practicaje obligatorio (N. RONZITTI), dentro de las cuales, y por derogación parcial de las reglas del paso en tránsito, cabría incluir los requisitos de previa

notificación y de autorización del ribereño para el sobrevuelo de aeronaves militares beligerantes, y la exigencia de navegación en superficie de los submarinos en tránsito.

En todo caso, las pautas generales a adoptar en relación con el tránsito de buques y aeronaves beligerantes, comerciales o de guerra, por los estrechos utilizados para la navegación internacional, deberían ser objeto de codificación; codificación que debería incluir en todo caso la prohibición para los Estados beligerantes de utilizar los estrechos neutrales (o porciones neutrales de estrechos) para finalidades bélicas (recuérdese a este respecto la protesta de Omán en 1980 por la violación de las aguas territoriales correspondientes a la porción omaní del Estrecho de Ormuz por parte de buques iraníes que invocaban la necesidad de identificar los buques transeúntes).

En lo que se refiere al paso por los estrechos en tiempo de guerra cuando los Estados ribereños son beligerantes, la práctica parece avalar el paso expedito de los buques mercantes neutrales (existe división de opiniones en relación con el tránsito de los buques de guerra neutrales), si bien un supuesto sucedido en contrario es el del cierre por Irán de su porción de aguas territoriales a lo largo del estrecho de Ormuz declarando a éstas "zonas de guerra", lo que obligaba a los buques neutrales a navegar a lo largo del cinturón costero bajo soberanía omaní. Por lo demás, la opinión generalizada reconoce el derecho de visita del beligerante ribereño sobre los buques neutrales durante el paso, sin que esto se vea contradicho por pronunciamientos como la resolución 552 (1984) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del conflicto irano-irakí, según la cual debería ponerse fin a toda "interferencia sobre buques en ruta hacia o desde Estados que no son partes en el conflicto", teniendo en cuenta que, según una autorizada opinión (N. RONZITTI), dicha resolución no se refiere al problema específico del derecho de visita en los estrechos sino al más general del derecho de visita ejercitable sobre buques con destino a o con proveniencia de puertos neutrales.

Otra delicada cuestión es la de la utilización del estrecho por los beligerantes como teatro de la guerra (p.e. la ya citada decisión de Irán de considerar su porción de aguas territoriales del estrecho de Ormuz como "zona de guerra"). La conducción de hostilidades en aguas de los estrechos puede, aparte de agravar y extender el conflicto al afectar intereses vitales de la navegación internacional, crear graves riesgos de contaminación, lo que enfrentaría a semejantes actividades con las ya referidas prohibiciones enunciadas en los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I de 1977 (N. RONZITTI se refiere en concreto a acciones como el hundimiento de un submarino nuclear o el torpedeo de un supertanque que intenta evadir el arresto).

7. Las acciones de los beligerantes contra los Estados ajenos al conflicto están en la actualidad sujetas a las reglas relativas al recurso a la fuerza, de manera que tales acciones son objeto de prohibición excepto en los casos de participación en acciones coercitivas decididas por el Consejo de Seguridad

de las Naciones Unidas (artículo 42 de la Carta) o de legítima defensa (artículo 51 de la Carta). Esto es aplicable a los supuestos de operaciones navales que entrañen el uso de la fuerza en aguas internacionales, y en este sentido el Consejo de Seguridad no dejó de deplorar y condenar, mediante sus resoluciones 540 (1983) y 582 (1986), entre otras, los ataques perpetrados por Irak e Irán contra buques de terceros Estados en la región del Golfo Pérsico, sin que a la sazón pudieran justificarse esas acciones con base en una presunta asistencia hostil al adversario susceptible de considerarse agresión, pues no se habían producido actos como el envío directo de fuerzas contra uno de los contendientes ni la puesta del territorio a disposición del agresor. Estas consideraciones –aparte de otras como las relativas a la dudosa legalidad de las “zonas de exclusión” decretadas por los contendientes con amenaza a la navegación de terceros– suscitan la cuestión de la legitimidad de las medidas de protección que pueden adoptar los terceros Estados para garantizar la seguridad de sus buques y de la navegación internacional; y en este sentido cabe sostener que, mientras que determinadas medidas no incurren en ilicitud (p. e., el recurso a los convoyes de escolta o la retirada de minas en aguas internacionales –o en aguas territoriales con autorización del ribereño–, la respuesta a acciones armadas del o de los beligerantes), no cabría decir lo mismo de acciones como el ataque armado contra un buque beligerante sorprendido, p.e., en trance de colocar minas, ataque que tendría difícil justificación en las instituciones de la legítima defensa, el estado de necesidad y las contramedidas (E. DAVID).

8. Con respecto a las ya aludidas “zonas de exclusión” es bien sabido que la doctrina está dividida en punto a su legalidad. Por otra parte la práctica estatal en este terreno es diversa, pudiéndose convenir en que no existe una manera única de decretar esas “zonas”, pues la tipología varía tanto *ratione loci* (y no sólo teniendo en cuenta su alcance en distancia sino también la naturaleza del espacio afectado: aguas territoriales, estrechos, Z.E.E., alta mar, etc.) como en lo tocante al contenido del régimen unilateralmente adoptado. Quizá por ello no sea posible ni oportuno tratar con el mismo rasero jurídico los distintos supuestos de la práctica (bloqueo a larga distancia durante las dos guerras mundiales, zonas de vigilancia en la crisis de Argelia, cuarentena cubana, zonas de defensa y vigilancia en la guerra del Vietnam, zonas defensivas en los conflictos egipcio-israelíes, zonas de exclusión en la guerra de las Malvinas, zonas de guerra o de exclusión en el conflicto del Golfo Pérsico, etc.). También se podrá convenir en que existen diferencias apreciables en cuanto al *modus operandi*, pues no es lo mismo, p.e., una zona decretada afectando sólo a los Estados partes en el conflicto –avisando si acaso de los potenciales riesgos que de hecho podría correr en la zona la navegación neutral a causa del desarrollo de las hostilidades– que una zona de exclusión total en que el beligerante que la establece se reserva la facultad de atacar y en su caso hundir sin previa advertencia a todo buque que penetre en ella.

En cualquier caso, parece difícil defender en términos jurídicos la institucionalización de tales zonas con base en nociones como las represalias (cambiando preguntarse al respecto con B. VUKAS cómo puede ser conforme al Derecho el que un Estado neutral soporte las consecuencias de una disputa a la que es extraño) o la legítima defensa (presupuesta la condición del carácter de agresor de aquél contra el que se reacciona). Y parece igualmente difícil atribuir a la práctica de las zonas de exclusión la calidad de regla consuetudinaria emergente, teniendo en cuenta hechos como la existencia de actos de protesta de terceros Estados (bien patentes en el *affaire* de las Malvinas), dudas racionales sobre la concurrencia de una verdadera *opinio iuris* (y aquí vienen a la mente las consideraciones de W. FRIEDMANN contra la presunción de la derogación de ciertas normas convencionales del *ius in bello* por determinadas prácticas de la guerra submarina realizadas durante la segunda guerra mundial), el propio dato de haber basado los Estados que establecieron tales zonas su conducta en las referidas nociones exorbitantes de represalias y legítima defensa, etc.

Por otra parte, y volviendo sobre la cuestión de la tipología, es de advertir con E. DAVID que una zona de exclusión puede revestir varias significaciones: puede ser una zona marítima en que el beligerante se reserva el derecho, bien de atacar a cualquier buque extranjero que se encuentre en ella, bien de bloquear las costas del adversario, bien, en fin, de controlar los buques que entren en la zona, y en concreto los buques neutrales a fin de prevenir y en su caso reprimir la asistencia hostil o el contrabando de guerra. En cualquier caso —y aparte de otras condiciones como la previa notificación o anuncio, la efectividad, etc.—, no debe justificarse nunca el ataque “*sans sommation*” del buque mercante neutral o su destrucción *a priori* (y sí sólo, en caso de asistencia hostil p.e., después de la captura y “en presencia de una necesidad excepcional” (artículo 51 de la Declaración de Londres de 1909).

9. Un aspecto interesante, necesitado del oportuno desarrollo normativo que contribuya a actualizar las pautas sentadas en instrumentos como la VIII Convención de La Haya de 1907, es el de la utilización de minas en caso de conflicto armado. Puesto que la Convención de referencia se limita a reglamentar y limitar la utilización de minas automáticas, amarradas y no amarradas, sin indicar los espacios donde se puede o no se puede colocarlas —aparte de la prohibición cualitativa de colocarlas “ante las costas y los puertos del adversario con el solo fin de interceptar la navegación mercante” (artículo 2 de la Convención)—, debería ser sentada formalmente, en un deseable proceso de codificación, la prohibición expresa de su colocación por los beligerantes en aguas internacionales (prohibición que aparece formulada, p.e., en el art. 20 del Manual adoptado por el I.D.I. en su sesión de Oxford de 1913 en relación con el derecho de captura en la guerra marítima).

Acudiendo a la jurisprudencia internacional, nos limitaremos aquí a re-

cordar cómo el T.I.J., en su fallo de 9 de abril de 1949 en el asunto del *estrecho de Corfú*, procedió a fundar la obligación de Albania de prevenir a los Estados sobre la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales en el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas; y cómo más recientemente el mismo Tribunal, en su sentencia de 27 de junio de 1986 sobre el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, declaró en un plano más general que

...si por lo demás un buque coloca minas en aguas –cualesquiera que éstas sean– en que los buques de otro Estado puedan tener un derecho de acceso o de paso, sin previa advertencia ni notificación, en desprecio de la seguridad de la navegación pacífica, ese Estado viola los principios del Derecho humanitario sobre los que descansan las disposiciones específicas de la Convención num. VIII de 1907...

Ello apoya la condena de otras acciones como la colocación, imputada a Irán, de minas en aguas internacionales del Golfo Pérsico, a resultas de la cual sufrieron daños diversos buques de Estados ajenos al conflicto del Golfo como ciertos buques kuwaitíes que navegaban bajo pabellón soviético (Mariscal Tchukov) y norteamericano (Bridgeton).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA O TENIDA EN CUENTA EN LA PONENCIA

- BOOTH, K.: *Law, Force and Diplomacy at Sea*, London, 1985.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O.: “La reglamentación internacional de los conflictos armados” (cap. XLIX), “Objetivos militares, métodos y medios de combate” (cap. L), “La protección de las víctimas de los conflictos armados” (cap. LI), “La neutralidad” (cap. LII), en *Instituciones de Derecho internacional público* (M. Díez de Velasco), t. I, 8ª ed., Madrid, 1988, pp. 731-789.
- DAVID, E.: “La guerre du Golfe et le droit international”, en *Revue Belge de D.I.*, vol. XX, 1987-1, pp. 152-183.
- DINSTEIN, Y.: “The Laws of War at Sea”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 10, 1980, pp. 38-69.
- DINSTEIN, Y.: “Sea Warfare”, en *Encyclopedia of Public International Law*, instalment 4, Amsterdam, 1982, pp. 201-212.
- DUPUY, R.-J.: *L’Océan partagé*, Paris, 1979.
- FENRICK, W.J.: “legal Aspects of the Falkland Naval Conflict”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 24, 1985, n° 3/4, pp. 241-268.
- FENRICK, W.J.: “The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare”, en *Annuaire Canadien de D.I.*, vol. XXIV, 1986, pp. 91-126.
- FRANCIONI, F.: “Use of Force, Military Activities, and the New Law of the

- Sea”, en *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (A. Cassese, ed.), Dordrecht, 1986, pp. 361-384.
- FRIEDMANN, W.: *The Changing Structure of International Law*, 1964 (trad. española: *La nueva estructura del Derecho internacional*, México, 1967).
- HALKIOPOULOS, T.: “Interférences des règles du nouveau Droit de la Mer et de celles du Droit de la guerre”, en *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (R.-J. Dupuy y D. Vignes, eds.), Paris, 1985, pp. 1095-1104.
- KALSHOVEN, F.: *The Law of Warfare*, Leiden, 1973.
- LABROUSSE, H.: *Le Droit de la Mer, Problèmes économiques et stratégiques*, Paris, 1977.
- LABROUSSE, H.: “Les problèmes militaires du nouveau Droit de la Mer”, en *La gestion des ressources pour l'Humanité: Le Droit de la Mer* (A.D.I., Colloque 1981) (R.-J. Dupuy, ed.), La Haye, 1982, pp. 307-315.
- LABROUSSE, H.: “Les détroits après la Convention”, en *Perspectives du Droit de la Mer à l'issue de la 3<sup>e</sup> Conférence des Nations Unies* (S.F.D.I., Colloque de Rouen), Paris, 1983, pp. 100-116.
- MEYROWITZ, H.: “Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime”, en *R.G.D.I.P.*, T. 89, 1985/2, pp. 243-298.
- O'CONNELL, D.P.: *The Influence of Law on Sea Power*, Manchester, 1975.
- O'CONNELL, D.P.: *The International Law of the Sea*, Vol. I, Oxford, 1982, y Vol. II (espec. pp. 1094-1158), Oxford, 1984.
- PONTAVICE, E. de, y CODIER, P.: *La mer et le droit*, T. I (espec. cap. 4: “La mer en danger de conflits armés”, pp. 539-551), Paris, 1984.
- QUENEUDEC, J.-P.: “Zone économique exclusive et forces aéronavales”, en *La gestion des ressources pour l'Humanité: Le Droit de la Mer* (A.D.I., Colloque 1981) (R.-J., Dupuy, ed.), La Haye, 1982, pp. 319-324.
- RAUCH, E.: *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussions on the Law of Naval Warfare*, Berlin, 1984.
- RAUCH, E.: “Le droit conemporain de la guerre maritime. Quelques problèmes créés par le Protocole additionnel I de 1977”, en *R.G.D.I.P.*, T. 89, 1985/4, pp. 958-976.
- RONZITTI, N. (ed.): *La questione delle Falkland-Malvinas nel Diritto internazionale*, Milano, 1984.
- RONZITTI, N.: “Passage through International Straits in Time of International Armed Conflict”, en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, pp. 363-383.
- RONZITTI, N.: “La guerre du Golfe, le déminage et la circulation des navires”, en *A.F.D.I.*, XXXIII, 1987, pp. 647-662.
- RONZITTI, N.: “The Crisis of the Traditional Law Regulating International Armed Conflicts at Sea and the Need for its Revision”, en *The Law of Naval Warfare* (N. Ronzitti, ed. ), Dordrecht, 1988, pp. 1-58.

- ROUSSEAU, Ch.: *Le Droit des conflits armés* (espec. "La guerre maritime", pp. 212-353), Paris, 1983.
- SMITH, H.A.: "Le développement moderne des lois de la guerre maritime", en *R.C.A.D.I.*, vol. 63, 1938-I, pp. 607-691.
- TAVERNIER, P.: "La guerre du Golfe: Quelques aspects de l'application du droit des conflits armés et du droit humanitaire", en *A.F.D.I.*, XXX, 1984, pp. 43-64.
- VUKAS, B.: "L'utilisation pacifique de la mer, dénucléarisation et désarmement", en *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (R.-J. Dupuy y D. Vignes, eds.), Paris, 1985, pp. 1047-1093.
- ZEMANEK, K.: "War Zones", en *Encyclopedia of Public International Law*, instalment 4, Amsterdam, 1982, pp. 337-338.

## PRIVILEGIOS Y LIMITACIONES EN LAS LEYES SANCIONADORAS MILITARES

Francisco BLAY VILLASANTE  
*General Consejero Togado*

### SUMARIO

I. INTRODUCCION. 1. Pautas de punibilidad en el Ordenamiento Común y en el Castrense: Comparación. 1.1. Principios aplicables a los funcionarios públicos y demás ciudadanos. 1.2. Principios aplicables a los militares en el derogado Código Castrense de 1945, que rigió hasta el 31-05-1986. 1.3. Principios rectores en el vigente Código Penal Militar. 1.4. Pervivencia de las limitaciones en la Ley de Régimen Disciplinario. 2. Consecuencia: Discriminación del Militar en el Código de Justicia Militar de 1945 y también, aunque más tenue, en el actual. 2.1. Razonabilidad fundamentada de la Organización y necesidades castrenses. 2.2. Razonabilidad fundamentada en el honor militar. 2.2.1. Criterios sociológicos. 2.2.2. Derecho comparado. 2.2.3. Doctrina del Tribunal Constitucional. 3. Problemática del cumplimiento de ciertas condenas militares. 4. Conclusiones.- ANEXO UNO: Legislación Penitenciaria Militar.- ANEXO DOS: Delitos cometidos por los funcionarios públicos.- ANEXO TRES: El Honor Militar.- ANEXO CUATRO: Los Expedientes gubernativos.- ANEXO CINCO: Los Tribunales de Honor.- BIBLIOGRAFIA

### INTRODUCCION

Diversos comentarios de prensa muestran de vez en cuando su indignación porque unos militares han burlado la Ley "gozando de privilegios penales", a raíz de "casos" y sucesos determinados.

¿Gozan realmente los militares de privilegios o, por el contrario, tienen limitaciones?.

Los propios militares en su mayoría lo ignoran y a buen seguro que la opinión pública afirmará sin ambages que es inherente a la condición de militar gozar de ventajosas discriminaciones.

Urge, pues, desvelar el asunto: constriéndolo a la materia penal y disciplinaria, la más importante y significativa, trasfondo, además, de los mencionados comentarios periodísticos.

Queda, naturalmente, al margen de la cuestión, la propia existencia de la Jurisdicción Militar, que no es en manera alguna ningún privilegio, pues la misma, en el ámbito estrictamente castrense, está reconocida en el art. 117.5 de la Constitución Española, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la propia Constitución asigna a las Fuerzas Armadas.

## 1. PAUTAS DE PUNIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO COMUN Y EN EL CASTRENSE: COMPARACION

El principio de igualdad ante la Ley, según el cual se ha de conceder a todos los ciudadanos el derecho subjetivo a recibir un tratamiento idéntico en supuestos de hecho iguales a los otorgados a otras personas, se halla consagrado en el art. 14 de la Constitución Española.

Para examinar, pues, si ello se cumple en la normativa penal vigente para los militares, se hace necesario anotar las pautas de punibilidad que rigen el Ordenamiento Común para los ciudadanos en general y para los funcionarios en particular, por ser indispensable actuar a través de un "*Tertium Comparationis*" respecto del cual la desigualdad discriminatoria pueda predicarse.

### 1.1. Principios aplicables a los funcionarios públicos y demás ciudadanos

Cabría sintetizar, como principales e inspiradores los siguientes:

A) No existen, desde que desaparecieron del Código Penal de 1932, penas perpetuas y retroactivas. La inhabilitación, por tanto, es en cierta forma una medida de seguridad o defensiva nacida de la necesidad de protección de futuro por parte de la Sociedad contra quien, quebrantando la confianza del Estado, ha delinquido en relación con la función asignada. Ostentar un cargo o ejercer función determinada pública, es requisito del tipo delictivo que conlleva la pena de inhabilitación. En todo caso, es una pena temporal, y como accesoria dura el tiempo de la condena principal, aparte de que dicha inhabilitación para profesión y oficio se ha limitado a aquellos casos en que éste o aquélla, guardan relación con el delito cometido. Para otros delitos, aún graves, pero sin relación con el oficio o la misión del funcionario, no es de aplicación.

B) El contenido de la pena, principal o accesoria, se ha de limitar a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función social de la misma. La pena frena los impulsos, es preventiva y represiva. No puede ir más allá: ni benignidad ni excesivo rigor; el justo para que cumpla sus fines. No tiene más efectos directos.

C) Imperatividad del principio “*non bis in idem*”. Un sólo y mismo hecho no puede ser sancionado a la vez en distintos procedimientos por Autoridades del mismo orden.

D) Suspensión discrecional por parte del Juzgador, de las condenas impuestas, siempre que concurren determinados requisitos.

### *1.2. Principios aplicables a los militares en el derogado Código Castrense de 1945, que rigió hasta el 31 de mayo de 1986*

A) La pena de pérdida de empleo, y la pena de separación del servicio, impuestas como principal, como accesoria o como efecto que producían para los militares determinadas penas del Penal Común, eran penas perpetuas y retroactivas, por cuanto sus consecuencias alcanzaban a situaciones anteriores a la comisión del delito, ya que producían para siempre la baja en los Ejércitos, con pérdida de todos los derechos adquiridos, excepto los de haberes pasivos. La pena accesoria común de inhabilitación –suspensión de empleo en el ámbito castrense– se convertía en una pena perpetua y retroactiva –separación del servicio– en tres supuestos: 1º) cuando la condena por delitos militares fuera superior a tres años; 2º) cuando, cualquiera que fuese la extensión de la pena, era como consecuencia de condenas por delitos contra la propiedad del Código Penal Común; 3º) cuando se condenaba al militar por delitos dolosos comunes en que se impusiera pena de prisión por más de tres años, extrañamiento, confinamiento, o inhabilitación absoluta o especial. En todos los demás supuestos, se le suspendía de empleo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, con pérdida de puestos en el escalafón. Y tanto en uno como en otro caso, aunque el delito cometido no tuviese relación con su función militar ni afectase al servicio o al ámbito castrense (Arts. 219, 221 y 231 del viejo Código de Justicia Militar).

B) El contenido de las penas castrenses, aparentemente, casi nunca se limitaba a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines. En multitud de ocasiones se castigaban con dureza conductas no muy trascendentes ni graves e incluso hechos atípicos para el paisano. Así, lo que en circunstancias normales, y realizado por un civil, solo constituiría mera imprudencia, para un militar, en el cumplimiento de sus deberes y ocasión de peligro, podía ser un delito gravísimo, castigado hasta la promulgación de la Constitución con la pena capital (Arts. 306, 388, 390 y siguientes del Código de Justicia Militar). Así, la ignorancia inexcusable podía ser delito (Art. 402), como lo era la simple indiscreción (Art. 249). El miedo, lejos de ser una causa de exención, era con frecuencia delito en sí mismo para quienes hacen del valor un instrumento moral de su profesión (Arts. 338 y siguientes). Expresiones ofensivas que en la legislación común justificarían a lo sumo una querrela privada por injurias, en el Ejército representaban, si se dirigían a un Superior, graves ataques a la disciplina y subordinación, severamente reprimidos, etc... Y aún idénticos delitos comunes –asesinato, le-

siones, homicidio, robo, hurto, estafa, etc. –, si eran cometidos por militares en las circunstancias previstas en el art. 194 del Código Marcial, se sancionaban con la pena que tuvieran señalada en el Penal Común impuesta en su grado máximo o en el grado mínimo o medio de la inmediata superior. Aún más: la mera reincidencia en faltas leves generaba una falta grave (Art. 442), y el Oficial que por segunda vez contrajese deudas con individuos de Tropa o Marinería, era separado del servicio (Art. 409), como también era separado el militar que realizare, incluso en la intimidad, actos deshonestos con individuos del mismo sexo (Art. 352).

C) Cuando actos que escapaban del todo a la eficacia del Derecho Penal propiamente dicho, producían, sin embargo, en quienes los realizaban una tacha que envolvía o podía envolver infamia social, se utilizaban los Expedientes Gubernativos y los Tribunales de Honor (Arts. 1011 y siguientes, y 1025 a 1046, respectivamente) para que el Oficial o el profesional indigno fuera expulsado del seno de las Fuerzas Armadas, que así quedarían sin tacha de honor.

D) La responsabilidad civil subsidiaria de los Ejércitos, por los hechos cometidos por los militares en acto de servicio reglamentariamente ordenado, no era la automática y preceptiva del Código Penal Común, sino discrecional, apreciada en todo o en parte en expediente no jurisdiccional y previa declaración de insolvencia del culpable, que no tiene lugar si puede ser sometido a descuento reglamentario de sus haberes. E incluso a veces se había exigido, para hacerla efectiva, la penuria de la víctima o perjudicado.

E) A los militares condenados por delitos militares no se les podía aplicar nunca la suspensión de condena, en base a razones de ejemplaridad y disciplina.

F) Hasta hace una década carecían los militares condenados de verdaderos recursos a las Sentencias y, desde luego, del de casación, introducido por la Ley 9/80, de 6 de noviembre, con tantas cortapisas, que fué necesario que el Tribunal Constitucional declarase nulas y sin efecto las limitaciones. Además, las garantías del justiciable eran mínimas, hasta el punto de que muchos Acuerdos de la Autoridad Judicial con su Auditor, de carácter procesal, eran inapelables, lo que también fué declarado inconstitucional.

G) Mientras los condenados comunes y los que cumplen en establecimientos militares condenas por delito común, redimen penas por el trabajo a partir de arresto mayor y también los privados provisionalmente de libertad, la legislación militar establece, para los militares condenados por delitos militares que por razón de la condena han de volver al Ejército, la prohibición de redimir, y por tanto, solo redimen los condenados a penas superiores a 3 años y 1 día.

H) Desde el procesamiento los militares sufren minoración económica.

I) Las condenas de los militares profesionales afectan a los baremos y calificaciones para los ascensos.

### *1.3. Principios rectores en el vigente Código Penal Militar*

Como la vida es dinámica y la realidad sociológica cambiante, estimó necesario el legislador sustituir enfoques y algunos principios generales, para que cristalizaran en un nuevo Código Castrense adaptado a la Constitución y a los progresos de la doctrina científica, contrastado con el Derecho comparado y enriquecido con las más recientes tendencias de Ordenamiento Común patrio.

A estas razones, así como a otras de técnica legislativa y de política criminal, obedeció la reforma del Código Marcial de 1945, cristalizada en el actual Código Penal Militar, promulgado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y que rige desde el 1 de junio de 1986.

Muy importantes son las novedades que introduce, sobre todo en orden a la separación tajante entre la materia penal y la disciplinaria, en el tratamiento diferenciador para los militares profesionales y la tropa, y en la evitación de duplicidad de tipos delictivos en los Códigos Común y Militar, donde solo se incluyen delitos militares cometidos por militares, con excepciones.

También en el tema que nos ocupa hay un novedoso cambio de actitud, significando un laudable propósito de acercamiento al Derecho Común, en aras del principio de igualdad de los ciudadanos consagrado en la Constitución.

Ello explica:

- Que los delitos que en el Código derogado se agrupaban bajo el epígrafe de delitos contra el honor militar, se repartan en el nuevo Código entre los que afectan a los deberes profesionales o al decoro, habiendo desaparecido algunas figuras delictivas, como la del art. 352 (ejercicio del homosexualismo), que cuando no constituya delito del Penal Común (violación, agresiones sexuales o estrupo), se incardina entre las faltas graves o también en causas de indignidad para instruir Expediente Gubernativo en la Ley de Régimen Disciplinario.

- La supresión significativa de los siguientes artículos del Código de 1945: el art. 194 (agravación de penas comunes en determinados casos); el art. 409 (deudas por segunda vez de Oficiales con la Tropa); el art. 411 (cuarta reincidencia de Oficiales en falta grave); los arts. 221 y 231, esto es, la imperativa aplicación de la separación del servicio como consecuencia de condenas por los llamados delitos "denigrantes" contra la propiedad, y por los efectos especiales que para los militares producían penas de la Ley Común.

- La desaparición de las penas de degradación militar y de separación del servicio en el ámbito penal, sustituida esta última por la de pérdida de empleo. Como novedad, se impone tal pena como principal en aquellos delitos que por su gravedad intrínseca lo merezcan. Igualmente, desaparece, por degradante, la pena de destino a Cuerpo de Disciplina.

- El menor rigor de las nuevas penas. Se han recortado por arriba y por abajo. Comienzan en tres meses y un día, siendo la máxima de 25 años, pero en tiempos de paz la mayoría no rebasan los seis años. No hay grados. Cada tipo delictivo fija los límites de la pena imponible.

- La responsabilidad civil subsidiaria de los Ejércitos es ya automática y preceptiva, como en el Penal Común, y desde luego por imperio de la Ley, sin cortapisas, y por el total declarado en la Sentencia.

¿Significa este cambio una nueva filosofía que socava los principios de la normativa anterior, y en especial la que protege el honor o decoro militar?.

En absoluto. Perduran la inaplicabilidad de la suspensión de condena a militares condenados por delitos militares, así como el anterior régimen penitenciario (ANEXO UNO) y los efectos “dominó” de las penas. Ciertamente es que comparando ambos Códigos, se hace patente el carácter progresivo y menos rigorista del actual Código Penal Militar y el acercamiento llevado a cabo al Ordenamiento Común y al principio de igualdad constitucional, pero ello es sin menoscabo de la tradición castrense y del culto al honor militar y a la dignidad militar, que sigue incólume en el vigente Código y en la Ley de Régimen Disciplinario. Por ello subsisten las penas perpetuas y retroactivas y el que vayan más allá de lo necesario para su finalidad social.

#### *1.4. Pervivencia de las limitaciones en la Ley de Régimen Disciplinario*

Aparte de que, como se ha dicho, persiste la pena de pérdida de empleo –similar a la antigua de separación del servicio– para penas superiores a tres años y la pena de suspensión de empleo en caso de menor punición, la propensión amparadora del honor del legislador militar se ha colado de rondón por la puerta falsa de la Ley Disciplinaria, donde se ha pensado, con acierto, que, de pervivir, tiene mejor acomodo.

Por aplicación de la misma, y en el expediente gubernativo, puede separarse del servicio al militar profesional: a) que acumule en su expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional; b) que observe mala conducta habitual o incorregible; c) que observe conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito; y d) que demuestre manifiestamente y con reiteración pública, una conducta contraria a la Constitución o a S.M. El Rey.

Pero es que, además, también puede separarse del servicio, al militar profesional, forzosamente por condenas por rebelión común u otro delito doloso con pena superior a seis años o con pena de inhabilitación absoluta; y discrecionalmente, por condenas dimanantes de delitos contra la propiedad (cualquiera que sea la extensión de la pena), u otro delito contra la honestidad (sic) del Código Penal Común, o cualquier otro, doloso, con tal de que la pena sea superior a tres años privativa de libertad o pena de inhabilitación. Si no se les separa del servicio, imperativamente se impondrá

la suspensión de empleo por el tiempo de la condena. Y por condenas de delito doloso común que lleve aparejada la privación de libertad (que no sea contra la propiedad u honestidad), o superiores a un año en delitos culposos, se impondrá la sanción de pérdidas de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo por tiempo de un mes a un año, o la separación del servicio, discrecionalmente cualquiera de ellas:

Cierto que lo que se ha ganado en aminoración de las desventajas discriminatorias en el Código Penal Militar, se ha perdido, quizás en mayor medida, en la Ley de Régimen Disciplinario, pues, verbigracia, se han incluido, con posibilidad de separación del servicio, las condenas por delitos contra la honestidad (hoy contra la libertad sexual), que no estaban incluidas en el Código Marcial de 1945.

Ahora bien, hay que manifestar en honor a la verdad que, al menos, la separación del servicio no es siempre preceptiva y automática, por imperativo legal, como ocurría en el Código Castrense derogado, sino discrecional, consecuencia de un expediente gubernativo que únicamente puede resolver el Ministro de Defensa, en que se tienen en cuenta las concepciones profesionales y la Hoja de Servicios, y que además es sanción extraordinaria recurrible en vía contencioso-administrativa.

Tal separación del servicio, impuesta en expediente gubernativo por conductas graves no constitutivas de delito, o por ciertas condenas, no vulnera el art. 14 de la Constitución, por formular más rigurosas exigencias de juricidad a unos tipos de infracciones disciplinarias cometidas por los militares, por una parte, porque no hay desigualdad —otros funcionarios públicos tienen parecida sanción en vía disciplinaria—, y por otra, porque de existir tal desigualdad sería razonable y fundada, habida cuenta de la singular naturaleza de la profesión castrense, que en palabras del Tribunal Constitucional “ha de tener sujeción a un sistema normativo de determinados valores”.

Distinto problema hubiera representado su supervivencia en el Código Penal Militar, pues pese a la doctrina sentada en alguna ocasión por la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, en el sentido de que los antiguos artículos 221 y 231 del Código Marcial no podían estimarse discriminatorios habida cuenta de que tales preceptos sólo contemplaban un “plus” de antijuricidad para ciertos delitos cometidos por militares, al igual que el Penal Común se manifiesta bajo similares criterios para ciertos delitos cometidos por facultativos (arts. 415 y 469), o por funcionarios (arts. 250, 403, etc.), es lo cierto que los casos de delitos del Penal Común que ejemplificaba la Sala de Justicia llevan todos incluidos en el tipo la específica condición de ser cometidos por determinados funcionarios o facultativos, mientras que los delitos contra la propiedad u otros comunes, no contemplaban tal condición esencial.

Cabría afirmar, por tanto, que dichos arts. 221 y 231 del antiguo Código Marcial contenían una norma penal discriminatoria y desventajosa para los militares, ya que les privaba, de cometerlos, para siempre, del ejercicio de

su profesión y de su medio de vida, por conductas ajenas a lo castrense, y por delitos en cuya tipicidad no se exigía ser militar, lo que jamás –en vía penal– ocurre con los restantes funcionarios públicos. (ANEXO DOS).

Hoy han desaparecido dichos preceptos del Código Penal Militar.

## 2. CONSECUENCIA: DISCRIMINACION DEL MILITAR EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945 Y TAMBIEN, AUNQUE MAS TENUE, EN EL ACTUAL

La comparación evidencia que algunos de los principios que rigen en el Ordenamiento Común, no son de aplicación en su totalidad y pureza a los militares. La discriminación penal, pues, de los militares es real. Y desventajosa.

Ahora bien, las anotadas diferencias respecto al Ordenamiento Común ¿significan realmente desigualdad inconstitucional ante la Ley del militar, por ser arbitrariamente riguroso el Código Castrense, o son simplemente limitaciones razonables consustanciales con la pertenencia a las Fuerzas Armadas, que no necesariamente implican discriminación inconstitucional?.

Una contestación correcta precisa de matices y de profundización en otros aspectos ocultos de la cuestión planteada.

### 2.1. Razonabilidad fundamentada en la organización y necesidades castrenses

Efectivamente: el Derecho Militar, que es un Derecho especial y con características propias, es cierto que debe tender a equiparse al Derecho Común con el menor número de disonancias posibles dada su especificidad, pero no necesariamente sus principios han de ser idénticos a tal Ordenamiento, ni pueden serlo, “al exigir la profesión castrense, por su especial naturaleza, una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, enmarcada en la unidad y la disciplina, que imponen una vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia, y que es factor de necesaria conexión que obliga a todos por igual, como claramente se deriva de las Ordenanzas Militares vigentes en sus arts. 1, 10, 11, 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203, entre otros” (Auto nº 121 de 1984 y Sentencia nº 97 de 1985 del Tribunal Constitucional, que establecen, en esencia, que el art. 8º nº 1 de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas misiones de tal importancia y trascendencia, que exigen el reconocimiento en el art. 117.5 de la Constitución de la Jurisdicción Militar específica en el ámbito castrense, *diversa por sus peculiaridades a la Jurisdicción Ordinaria*).

El rigor pues, descrito, que impregna sus principios rectores, no quiebra, necesariamente, el imperativo constitucional de igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos, toda vez que imperiosas necesidades castrenses limitan, lícita y razonablemente, la igualdad, y porque sosteniéndose la Institución Armada en los pilares del deber, la obediencia y la disciplina, son todos los Códigos Penales Militares rigurosos y en algún aspecto discriminatorios, al objeto de no resquebrajar ni agrietar tan fundamentales pilares.

Otra cuestión distinta es la de indagar si todas y cada una de las limitaciones que tanto el Código Castrense Español de 1945 como el vigente y la Ley Disciplinaria imponen al militar, son necesarias, es decir, si existiendo, como existen, evidentes diferencias de trato respecto de los funcionarios y demás ciudadanos, estas son justas, razonables e ineludibles, cuando no se basan en la organización y necesidades castrenses.

## 2.2. Razonabilidad fundamentada en el Honor Militar

Entra aquí en juego, como otro pilar de la Institución Armada Española, el concepto del honor militar. (ANEXO TRES).

El culto al honor se hunde en las raíces más remotas de la historia del Ejército Español e insufla toda la legislación militar, desde el "*liber Iudiciorum*", Las Partidas del Rey Sabio, las "Costums del Mar", hasta las Ordenanzas que, a partir de 1701, fueron establecidas para los Ejércitos, en especial las de la Armada de 1748 y 1793 y las del Ejército de 1768 y 1800.

Las vigentes Reales Ordenanzas ponen su acento "en el sentimiento del honor, que impulsa a obrar siempre bien y ha de llevar al militar al más exacto cumplimiento del deber", y de sus preceptos (arts. 25, 27, 28, 29, 31, 36, 42, 72, 77, 78, 122 y 152, entre otros), se infiere que para el militar no basta el mero y correcto cumplimiento de sus deberes profesionales. Las reglas que contienen, puesta al día de una honda y sentida tradición, exceden de las simples reglas deontológicas de cualquier cuerpo funcional o profesional. Van más allá. Imbrican al militar en el culto a virtudes y abnegaciones que rebasan el fiel cumplimiento del deber. Esto no basta. Es necesaria una conducta intachable, ejemplar y virtuosa en todos los órdenes, tanto castrense como civil, público o privado, una especie de "camino de perfección".

Tales exigencias de virtud, superación y ejemplaridad no son meras expresiones retóricas, sino que tienen su concreción en el Código, en sus delitos, penas y correctivos y en un conjunto de disposiciones que defienden con vigor esa fortaleza del honor militar: bien duplicando delitos del Código Penal Común o trasladando sus tipos para castigarlos más severamente; bien calificando como delitos conductas poco trascendentes e incluso irrelevantes para los paisanos; bien adicionando unas accesorias gravosísimas y unos efectos especiales (en la Ley Disciplinaria) para los militares profesionales condenados a penas comunes, estableciendo círculos concéntricos acumulativos en torno al honor militar, a manera de filtros o fosos para que nadie con tacha o infamia pueda seguir perteneciendo a la honrosa carrera de las Armas. (ANEXOS CUATRO Y CINCO).

En definitiva, la legislación militar en la actualidad, aún se basa, como hasta hace poco, en el siguiente principio: cualquier delito, militar o del Penal Común, cometido por un militar, deteriora el honor de la Institución Armada, y por lo tanto, el culpable ha de ser erradicado de sus filas o

castigado con severas penas. Lo mismo ocurre aunque su conducta no sea delictiva, si es indigna o transgrede el decoro exigible a las clases militares.

Ello explica, no solo la existencia ya comentada de preceptos como los arts. 28 y 29 (acesorias de las penas militares) del Código Penal Militar, y el Título V de la Ley Disciplinaria (expediente gubernativo) sino que se dedique el Capítulo VIII del Título VI del Libro II del Código Penal Militar a los delitos contra el decoro militar, que les imponen la actuación profesional más acrisolada, así como las faltas graves contra el decoro militar, números 18, 19, 20, 21 y 22 del art. 9º de la Ley Disciplinaria, en relación con los deberes que al respecto imponen al Militar las Reales Ordenanzas, y que son, en síntesis: el valor heroico, el compañerismo más puro y la actuación profesional más limpia.

Cabe preguntarnos, lógicamente, si esa repetitiva protección del honor, en la normativa castrense, es ineludiblemente necesaria para los fines y misiones del Ejército, y en concreto, si la desigualdad ante la Ley que ello genera, es razonable.

Como mi propósito es huir en lo posible de juicios de valor subjetivos, me limito a exponer al respecto el criterio prevalente sociológico, el que conforma el Derecho Comparado y la doctrina del Tribunal Constitucional.

### *2.2.1. Criterios sociológicos*

Algunos militares y comentaristas de Derecho Militar, apuntan que el código de honor militar ya no es exigencia de la sociedad contemporánea y de la realidad sociológica imperante, sino propia e indeclinable imposición de los propios miembros de la Institución Armada, sentida como algo consustancial con el ser y actuar castrense. En su consecuencia, estiman que no precisa de protección penal para ser sentido y vivido, porque los componentes del Ejército Español, por tradición, vocación y formación sienten con orgullo respeto y apego a unas virtudes tradicionales que les prestigian, aún cuando la sociedad civil no las acepte para ella, ni se las exija ya a los militares, deseando tan sólo un Ejército profesional, dotado de medios, con personal preparado, operativo, fuerte y disciplinado, pero cuyos miembros tengan iguales derechos y obligaciones al resto de los ciudadanos.

El legislador de la reforma militar, posiblemente conectando con este pensamiento, ha suprimido toda referencia al honor militar en el Código Penal, y ha podado del mismo casi todos los preceptos que lo protegían, que sin embargo perviven, incluso aumentados, en la Ley del Régimen Disciplinario, donde ha entendido que el honor, el decoro y la dignidad militar tienen mejor cabida para su protección.

Otros militares, en cambio, estiman que el honor es consustancial con la Milicia, ahora y siempre, y ha de ser defendido tanto en el orden penal como en el disciplinario, para que el Ejército no pierda nunca su esencia y su rica tradición.

### 2.2.2. *Derecho comparado*

El Derecho Militar de los países que nos son más afines, muestra un objetivo de aproximación al Ordenamiento Común, integrando el Derecho Militar positivo en el ordenamiento jurídico general con el menor número viable de discrepancias.

La Ley Penal Militar alemana de 30 de marzo de 1957, pionera al respecto, tiene la característica de incluir solo delitos militares cometidos por militares; la separación del derecho sustantivo del adjetivo y del disciplinario; la simplificación (solo contiene 48 artículos); la benignidad de las penas y la remisión constante al Derecho Penal Común. Es significativo su art. 48 y último: "los Oficiales y Suboficiales, tratándose del servicio militar, se equiparán a los funcionarios públicos en cuanto a la aplicación de los preceptos del Código Penal Común". Esta Ley fué sustituida por la de 24 de Mayo de 1974, reformada por Ley de 21 de Diciembre de 1975, de parecidas características, y aún más drástica, pues no existe Jurisdicción Militar propiamente dicha y los delitos militares son juzgados por los Tribunales Ordinarios de cada "Länder".

La Ley nº 82/621, de 21 de julio de 1982, ha reformado profundamente el Código de Justicia Militar francés. La Jurisdicción Militar en Francia solamente existe para tiempo de guerra y en los casos en que el Ejército francés esté fuera del territorio de la República.

También en Italia la Ley nº 180, de 7 de mayo de 1981, establece, en los supuestos de tiempos de paz, que el Tribunal de Instancia estará compuesto por dos Magistrados Militares y por un Oficial, variando éste según el grado del procesado. Los Magistrados, que dependen del Ministerio de Justicia, son permanentes, mientras que el Oficial es elegido por sorteo y su actuación es solamente por un lapso de tres meses. El Código Militar se informa de los mismos preceptos que el Común.

El Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos es autosuficiente y completo, pues contiene delitos militares y comunes. Si no fuese así, dado que cada Estado tiene Código Penal propio, aplicaría cada vez, según su ubicación, una Ley Penal distinta, dando lugar a desigualdades, pues los delitos, y sobre todo las penas, varían en cada uno de los diversos Estados.

En ninguno de estos Códigos, ni en los restantes de Occidente, se hace mención expresa a los delitos contra el honor militar, incluyéndose solo delitos contra la disciplina, la obediencia y los deberes profesionales.

Por contra, las Leyes penales militares de los países hispanoamericanos recogen, y acentúan, los principios, caracteres y peculiaridades del anterior Código Castrense español. Sirva como muestra, pese a la ideología del régimen allí imperante, la Ley Penal Militar cubana promulgada por Fidel Castro el 30 de septiembre de 1966; entre sus penas se encuentran la expulsión de las Fuerzas Armadas, que se impone como accesoria en todos los casos

en que se dicte sanción principal de privación de libertad por delito “denigrante” (traición, espionaje, cobardía, pederastia, falsedad, malversación, fraude, etc., y en general, todos aquellos que afecten a la reputación moral del aforado o provoquen en el concepto público o dentro de las Fuerzas Armadas revolucionarias la repulsa del mismo), y también por cualquier delito castigado con pena privativa de libertad superior a seis meses.

### 2.2.3. *Doctrina del Tribunal Constitucional*

Dicho Tribunal, en su Sentencia 54/1983, de 21 de junio, denuncia la desigualdad de trato entre las esposas e hijos de militares y la de los funcionarios civiles, empleados y demás ciudadanos, en los derogados supuestos de embargo por alimentos, “desigualdad patente, sin que pueda deducirse una causa razonable que la explique”, declarando inconstitucionales los preceptos del anterior Código castrense que la establecían, como después ha hecho, reafirmando tal doctrina, en los supuestos de embargo por contratos. Ha entendido que tales preceptos eran discriminaciones en favor de los militares, suprimiéndolos, por no ser razonables.

Las peculiaridades castrenses que el referido Tribunal admitió, diversas a las que inspiran la legislación común, tenían su motivación en las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, “al exigir la profesión castrense una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, enmarcada en la unidad y la disciplina”.

No hace mucho, en una importante Sentencia, resolviendo un recurso de amparo por condena de un Jefe por delito contra el honor militar del derogado art. 352, en su modalidad de cometer actos deshonestos con individuos del mismo sexo, el Tribunal Constitucional, ampliando las razonables desigualdades, ha declarado: “que la inconstitucionalidad del art. 352 no puede aceptarse, pues no incrimina la homosexualidad en sí misma, sino los actos deshonestos... y en los delitos militares contra el honor militar el bien jurídico protegido guarda relación con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense..., dentro de la que destaca la condición o “*status*” del militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible disvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una Institución como la Militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto porque se rige, y que es preciso preservar”. (Auto nº 359/84, de 11 de julio).

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/1986, de 24 de julio, desestimó el amparo de un Brigada que por cometer delito de estafa y ser condenado a la pena de cinco meses de arresto mayor, fue separado del servicio en virtud del art. 221 del antiguo Código Castrense. El Alto Tribu-

nal rechaza la conculcación del art. 14 de la Constitución con los siguientes razonamientos: “el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal Militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre F.J.2.”...; “el hoy recurrente utilizó su pertenencia a las Fuerzas Armadas, en calidad de Brigada para fines delictivos, esto es, para facilitar la comisión del delito de estafa por el que fue condenado, sirviéndose de su condición de militar para inducir a engaño tanto a los soldados de su unidad como a los proveedores de la misma, y apropiándose fondos procedentes del Destacamento de pago, con lo que, además de daño a los intereses generales protegidos por la ley penal común, originó también un daño concreto indiscutible al servicio de las FAS, que justifica suficientemente la imposición de una pena específica, como es la separación del servicio. La diferencia de tratamiento de que ha sido objeto el hoy recurrente, al aplicársele el art. 221 del Código de Justicia Militar, que agrava la sanción prevista para los delitos de estafa cometidos por no militares no resulta así falta de justificación ni puede calificarse de discriminatoria”. “No se muestra, por lo indicado, contraria al principio de igualdad en el presente caso la aplicación del plus de penalización previsto en la legislación militar anterior a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, por la que el legislador ha variado el régimen de las penas accesorias aplicables a casos similares al presente. Y, en consecuencia, no procede considerar que se haya producido discriminación por la imposición de una pena que responde a la finalidad de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por ende, el mejor cumplimiento de los fines a éstas encomendados. Por todo lo cual no resulta necesario cuestionar la constitucionalidad del precepto en virtud del cual dicha pena es impuesta.”

Y es que dada la especificidad de la Jurisdicción Militar y la especial naturaleza de sus delitos “no necesariamente sus principios han de ser idénticos a los del Ordenamiento Común”. (Auto nº 121 de 1984, y Sentencia nº 97 de 1985 del Tribunal Constitucional).

En definitiva, más que en los criterios sociológicos, divididos, o en el Derecho Comparado, se ha de fundamentar la razonabilidad y necesidad de las limitaciones penales del militar en la doctrina del Tribunal Constitucional, que la ha refrendado, tanto en base a la peculiar organización castense, como en la sujeción de los militares a un sistema particular de valores, en los que tiene cabida lógica el honor militar.

### 3. PROBLEMATICA DEL CUMPLIMIENTO DE CIERTAS CONDENAS MILITARES

En cuanto a que los militares deban cumplir sus condenas por delito militar y por delito común que no lleve aparejada su baja en el Ejército, en

Establecimiento militar y cuando la pena lleve aparejada tal baja en establecimientos ordinarios con separación del resto de los penados, no es propiamente tampoco una ventajosa discriminación, pues en un caso, si han de volver luego a las filas del Ejército, casaría mal con el resto de exigencias que la legislación militar impone al aforado, fundamentadas en el honor, que luego de estar en contacto con delincuentes en cárceles comunes, y quizás con subordinados, se reintegrasen al seno de las Fuerzas Armadas. En el otro supuesto es una desigualdad razonable, como ocurre con los Jueces y los miembros de la Policía, que han de estar separados del resto de los condenados.

Lo importante, en toda condena privativa de libertad, es el cumplimiento de la misma, y no es válido escudarse en la actual vejatoria situación de las prisiones comunes, considerándola normal y congruente con la pena, para aducir privilegios de los militares que cumplen en Establecimientos dignos, como deberían ser todos.

En cuanto a la inaplicabilidad de los beneficios de la suspensión de condena para los reos militares por delitos militares, ésta sí es discriminación, y no del todo razonable, con quiebra de las orientaciones de la moderna Penología y de la "ratio legis" de la institución, al mezclarse delincuentes comunes, drogadictos, etc... con condenados por delitos puramente militares, con el peligro consiguiente, sin que razones de disciplina la aconsejen, puesto que cuando tales razones hayan de prevalecer en un caso determinado, bastaría hacer uso de la discrecionalidad y no conceder el beneficio.

#### 4. CONCLUSIONES

*Primera.*— Han existido hasta hoy —y más en el Código Castrense derogado— desigualdades penales entre los militares y los demás funcionarios y ciudadanos, que significan limitaciones y desventajosas discriminaciones para los primeros. Sin embargo, la mayoría de ellas no quebrantan el principio de igualdad preconizado por el art. 14 de la Constitución Española, por cuanto son razonables, necesarias y fundadas en la especial naturaleza y organización de la Institución Armada. Cuando la discriminación era irrazonable y arbitraria, el Tribunal Constitucional la ha declarado inconstitucional. Cuando provenía de una normativa castrense contraria a los principios constitucionales, el legislador de la reforma la ha suprimido, estableciendo parecidos principios a los del Ordenamiento Común, sobre todo en el ámbito penal y procedimental.

*Segunda.*— El cumplimiento de ciertas condenas en Establecimientos penitenciarios militares, ni es una discriminación ni un privilegio. El régimen penitenciario militar es diferente al común, y en ciertos aspectos desventajoso, pero razones objetivas de índole castrense hacen razonable tal discriminación, que, de todas formas, va paulatinamente diluyéndose.

*Tercera.*— Las gravosas desigualdades en las leyes sancionadoras de los militares, aún cuando estén fundamentadas y sean constitucionales, deberían conocerse por los propios miembros de los Ejércitos y, sobre todo, por la opinión pública, en evitación de campañas difundidoras de supuestos “privilegios”, basadas en la desinformación o la mala fé, pero que en todo caso distancian la sociedad civil del Estamento militar, creando recelos.

*Cuarta.*— El honor militar, guía moral de la conducta de todo militar y fundamento de alguna de las apuntadas limitaciones, está vivo en los miembros de la Institución Armada, y debe ser incentivado y protegido. Pero para que su protección no genere desigualdad inconstitucional, su defensa ha de ser reglada en el Derecho Disciplinario, tal como lo ha entendido el legislador de la reforma hoy vigente.

*Quinta.*— Aún cuando tal reforma ha sido progresista y modernizadora, contiene aún inercias, miedos y rémoras. Un paso decisivo más consistiría en suprimir la accesoria de pérdida de empleo en el nuevo Código Penal Militar, de tal forma que dicha pena fuese siempre principal para aquellos delitos cuya gravedad intrínseca lo merezcan, y para los demás delitos militares sólo se aplicase la accesoria de suspensión de empleo por el tiempo de la condena.

También, en la Ley de Régimen Disciplinario, sería bueno liberarse del culto del honor por la fuerza en aras del honor voluntario y digno. Someterse al código del honor no debe ser un acto pasivo, sino un ejercicio voluntario condicionado por una convicción interior, pues el secreto de que todos cumplan con su deber de perfección no es imponérselo, sino convencer a los que han de cumplirlo. La protección del honor militar en la Ley Disciplinaria es innecesariamente rigurosa y repetitiva: bastaría, para los desaprensivos, con establecer como única causa de incoación de Expediente Gubernativo la de “observar conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar”, para ser suficiente su protección, pues las otras causas están implícitas en ésta.

*Sexta.*— Sería deseable la promulgación de otras Leyes que equipararan a los militares con los paisanos en otro aspecto importante derivado del ámbito penal: la suspensión de condenas, el régimen penitenciario en general y la redención de penas por el trabajo en particular, cuya normativa militar, en comparación con la que rige en el ámbito Ordinario, es a veces desfavorable para los condenados militares.

*Séptima.*— Por los aludidos motivos, hay que preconizar ya la reforma de la reforma que se inició en 1985, en el sentido aludido, con el objetivo de lograr un acercamiento aún mayor al Derecho Común, y sobre todo, para evitar la existencia, en lo plausible, de dos clases de ciudadanos bien diferenciadas: la de los civiles y la de los militares, con el peligro de que éstos patrimonialicen valores que son del acervo común. Para este camino a recorrer en la equiparación, la mente del legislador no debiera estar pendiente de las presuntas consecuencias de su actividad normativa: si una Ley

es necesaria, justa y razonable, y tiene por finalidad la equidad y el bien común, no debe dejar de dictarse. La vara de la Justicia ha de medir a todos por igual, y ni la tradición o los conservadurismos, ni las consideraciones de cualquier índole, pueden prevalecer y sobreponerse a consideraciones de orden más elevado, en definitiva, al triunfo de la Justicia, con mayúscula.

*Octava.*— Urge acometer estas reformas —también la reforma de la Ley Procesal Militar que entró en vigor por Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, y que no recoge las innovaciones de la Ley 7/89 de puesta al día de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— por cuanto es de todo punto necesario un acercamiento, una menor disonancia entre la normativa —penal, disciplinaria y procedimental— ordinaria y castrense, en lo posible, si queremos que las Fuerzas Armadas estén imbricadas en la sociedad y conectadas con la realidad social, restañando las heridas del actual momento histórico de lamentable divorcio entre la sociedad civil y el estamento militar. Solo (a salvo siempre la especificidad razonable de lo castrense) considerando a los militares como ciudadanos normales sin privilegios ni desventajosas discriminaciones, a cuestas con sus derechos y obligaciones, si no idénticos, parecidos a los de los demás, y considerando a quienes forzosamente se incorporan a la vida castrense —los muchachos del servicio militar obligatorio que el pueblo entrega a los militares para que aprendan el manejo de las armas— como titulares de derechos inviolables, aunque limitados, durante su permanencia en filas, podremos hacer posible, al menos, el respeto y aceptación de las F.A.S. por los españoles. Un Ejército afín a los de nuestro entorno cultural, moderno operativamente, y lo que quizás es igual de importante, moderno en su aspecto legal y moderno de talante.

## ANEXO UNO

### LEGISLACIÓN PENITENCIARIA MILITAR (\*)

Se han de hacer las siguientes consideraciones:

1ª.— La entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha implicado —como en otros campos— la reforma de los presupuestos penitenciarios.

La Constitución ha plasmado: a) que la materia penitenciaria se regule por Ley Orgánica (arts. 53.1 y 81.1); b) que sean los Jueces y Tribunales los que asuman expresamente la función de hacer ejecutar las penas privativas de libertad (art. 117.3); c) que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social y que los condenados gocen de los derechos fundamentales, con las limitaciones del fallo, la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2).

(\*) Al hilo de un trabajo sobre el tema de Pascual García Ballester, en "Memoria de la Fiscalía Togada", Año 1984-85.

2ª.- En cumplimiento de estos mandatos, la legislación común ha modificado la dispersa normativa anterior, mediante la promulgación de un conjunto de disposiciones de distintos rango, que arrancan con la Ley Orgánica nº 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario nº 1201/1981, de 8 de mayo, modificado por Real Decreto nº 787/1984, de 28 de marzo; se continúan con las reformas del Código Penal en materia de redención de penas por el trabajo de 1963 y por Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, y con la Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se complementan con resoluciones e instrucciones del Organismo de Gobierno del Poder Judicial, y por último, con resoluciones del propio Tribunal Constitucional. También hay que hacer mención al Anteproyecto de Código Penal de 1983, y al nuevo Anteproyecto, en que se tiende a un acortamiento de las penas y a la desaparición de la redención de penas por el trabajo, de acuerdo con las nuevas orientaciones penológicas.

3ª.- Los principios rectores de la Ley General Penitenciaria y demás disposiciones y resoluciones concordantes, tienden, por una parte, a la protección de los derechos humanos o fundamentales de los condenados (derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la libertad religiosa, a la no discriminación, a la propiedad, a la educación, al trabajo, a la Seguridad Social, al derecho de reunión en determinadas circunstancias, a los derechos políticos, etc...); y por otra, a la protección de los derechos penitenciarios, es decir, el derecho a obtener tratamiento penitenciario encaminado a la consecución de la reeducación y reinserción social (y conexas con éste, otros derechos, como el de no ser mantenido en un grado inferior del sistema penitenciario del que sea merecedor, a los permisos de salida, coexistencia, legalidad disciplinaria, redención de penas por el trabajo, libertad condicional y asistencia penitenciaria).

4ª.- Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (creados por el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) constituyen la pieza angular de toda la reforma. Esta figura, que da cumplimiento al postulado constitucional del art. 117.3 de la Constitución, y que la Ley Orgánica del Poder Judicial nº 6/1985, de 1 de julio, incluye dentro del orden jurisdiccional penal, tiene, como principales funciones, las de asumir las de los Jueces y Tribunales sentenciadores en orden a la efectividad de las penas privativas de libertad, resolver las propuestas y revocaciones de libertad condicional, aprobar las propuestas de acortamiento de condena, aprobar sanciones de aislamiento, resolver recursos en materia de sanciones disciplinarias y de clasificación, autorizar los permisos de salida y conocer del paso de penados a establecimientos de régimen cerrado. Es decir, mediante su creación, se ha llevado a cabo la judicialización casi completa de la ejecución penal, y por ello se han establecido contra sus resoluciones un sistema de recursos jurisdiccionales de ámbito penal (reforma, apelación y queja).

5ª.- En la normativa militar, el cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad se contiene en el vigente Código Penal Militar aproba-

do por Ley Orgánica (arts. 350 y siguientes), en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3331/78, de 22 de diciembre, y en la Instrucción Penitenciaria Militar aprobada por O.M. 45/1987, de 23 de julio. La Redención de penas por el trabajo en el ámbito militar se regula en el Decreto Ley de 1 de febrero de 1952, modificado por Ley nº 175/1965, de 21 de diciembre.

6ª.- Dicha legislación penitenciaria militar, en parte es diferente a la ordinaria.

Concretamente, por que:

- No se regulan ni establecen muchos de los derechos fundamentales y penitenciarios.

- Falta un desarrollo normativo para la consecución de la labor educativa y de readaptación a las Fuerzas Armadas y vida social, que se pretende como fin.

- Está ausente un completo sistema de tratamiento de internos, que incorpore las nuevas nociones en la materia, y un cuadro de personal técnico (psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etc..., que lo posibiliten).

- Es insuficiente la clasificación teórica de los establecimientos (la división entre penitenciarías y prisiones, no responde a la realidad, echándose en falta los "especiales").

- Hay lagunas e indeterminación normativa en materia de competencias.

- Sobre todo, es insuficiente la regulación del sistema del trabajo. Así, los arts. 78 al 96 del Reglamento Penitenciario niegan a los Oficiales y Suboficiales la posibilidad de percibir remuneración por él, ni redención de penas por el trabajo (lo que no es exacto). Así, está ausente una cobertura de Seguridad Social.

- Está insuficientemente regulada la materia educativa.

- El Real Decreto nº 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa, guarda silencio respecto al tema penitenciario, porque solo contempla Direcciones Generales y no Secciones.

- No existe Juez de Vigilancia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio. Sus funciones se concretan ya en la Ley Procesal Militar (art. 357 y siguientes). La redención de penas por el trabajo estuvo atribuida a un órgano no jurisdiccional como es la Junta Central Militar de Redención de Penas, regulada por el Reglamento de 1952, y que desde su creación adoleció de falta de medios, personales y materiales, suplidos con una labor eficaz y constante. Los recursos, por tanto, a sus decisiones, eran puramente de carácter administrativo.

7ª.- La legislación militar relativa a las condenas y al régimen disciplinario es distinta y más rigurosa respecto a la que rige para los condenados por la Jurisdicción Ordinaria y para los condenados por la Jurisdicción Militar por delitos comunes. Así:

- La suspensión de condena por delitos militares solo se aplica a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos. Aunque la Sala de lo Militar ya ha

fijado la doctrina de que se ha de atender al momento de la firmeza de la Sentencia, y no al de comisión del delito, es decir, que reos son los condenados, y por ende a los soldados licenciados al adquirir firmeza la sentencia, al no ser ya militares, se les *puede*, si reúnen los demás requisitos, suspender el cumplimiento de la condena. (SS. Sala V de 12-11-1990 y 11-12-1990).

– No pueden redimir penas por el trabajo los militares condenados por delitos militares a penas inferiores a tres años y un día, que las han de cumplir íntegramente. (La Asesoría Jurídica General de Defensa, en dictamen de 2 de agosto de 1984, confirmó la exclusión de tales condenados, pese a la reforma del art. 100 del Código Penal Común por Ley Orgánica nº 8/83, de 25 de junio).

– No se posibilita que los condenados, a la edad de 70 años, o con enfermedades muy graves, sean excarcelados, si no han cumplido la mitad de la pena que les resta por cumplir. Al cumplirse tal última condición, que equivale a estar en el tercer período, se les puede excarcelar. (Auto Sala V de 19-08-1988).

– Subsisten las lagunas e insuficiencias comentadas anteriormente, pese a la vigencia de la Constitución desde 1978.

Por todo lo anteriormente expuesto, se estima conveniente la necesaria adaptación –a salvo razones de especificidad militar– de esta normativa militar a los postulados constitucionales. Las Fuerzas Armadas no constituyen un mundo aparte de la sociedad y por ello debería homogeneizarse en esta materia –en lo posible– la legislación militar y común y equiparar los derechos de todos los condenados, militares y paisanos, sin restricciones que ni en la disciplina castrense ni en el servicio tengan un fundamento razonable.

Ahora bien, se está ya en el camino deseado, y por ello, con el fin de adaptación a la Ley General Penitenciaria, se han dado ya los primeros pasos, concretados en la citada Orden Ministerial 45/1987, de 23 de julio, por la que se aprueba la Instrucción Penitenciaria Militar que ha venido a regular apartados de gran importancia dentro del régimen penitenciario como son las comunicaciones de los internos, tanto escritas como orales y telefónicas; comunicaciones personales especiales; recepción de paquetes y encargos, permisos de salida, así como el régimen sancionador de aislamiento en celda, todo ello en un eficaz intento de adecuar el régimen penitenciario militar a los principios básicos emanados del Texto constitucional, y hacerlo menos disonante con el Ordenamiento Común, sin óbice de la distinta regulación que demandan el ámbito castrense y la disciplina.

Un paso más ha sido la indirecta creación del Juez de Vigilancia por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, en cuyo artículo 61-4 se encomiendan a los Juzgados Militares Territoriales “la vigilancia judicial penitenciaria en relación con los establecimientos penitenciarios militares y sus internos”, la ya mencionada Ley Procesal, donde se instaura la figura del Juez de Vigilancia, y las Ordenes 44/88, de 30 de mayo, y 29/89, de 28 de marzo, desarrollando la Instrucción Penitenciaria Militar de 1987.

A la vista de cuanto se ha expuesto, parece posible concluir que si los principios básicos de la Ley General Penitenciaria deben ser aplicados –con alguna excepción– también en la Jurisdicción Militar, ello se está llevando a cabo de manera paulatina pero evidente, tanto en Disposiciones ya promulgadas como en otras de próxima vigencia, sin que sea descalificador el hecho de que no exista una total identidad entre el régimen común y el militar en el campo penitenciario, dadas las específicas diferencias que existen entre la Jurisdicción Ordinaria y la Castrense (en todas sus facetas) que han sido evaluadas, admitidas y respetadas por el Tribunal Constitucional (Sentencia nº 107/86, de 24 de julio, B.O.E. nº 193); razones todas ellas suficientes para que mantengamos la esperanza de que en breve se culminará el camino emprendido y de que la etapa actual, de profundos cambios legislativos, termine por homogeneizar, en lo que sea viable, la legislación penitenciaria común y la militar.

En el ínterin, si un Organismo Judicial estima en conciencia para un caso concreto que la actual legislación es discriminatoria, la Ley no le veda, sino que le permite, bajo su responsabilidad, plantear cuestión de inconstitucionalidad, tal como ha hecho el Juzgado Togado Militar Territorial nº 41 (La Coruña) por supuesta inconstitucionalidad del art. 1º a) del Decreto-Ley de 1 de febrero de 1952, en relación con los artículos 14 y 25.2 de la Constitución (B.O.E. nº 228, recurso nº 1494/1988), que, por cierto, ha sido dictaminado por la Fiscalía de dicho Alto Tribunal, oponiéndose a su estimación.

## ANEXO DOS

### DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Esparcidos en el Código Penal Común existen varios preceptos sancionadores de conductas delictivas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, que constituyen un incumplimiento de sus deberes profesionales y, en cierta medida también, infracciones al honor de la función pública.

Se refieren unos a los que se cometan contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las Leyes; otros, tratan de los desacatos e injurias a las Autoridades o Superiores; de la falsificación de documentos públicos, de identidad o certificados; de la atribución de títulos o nombre; de la prevaricación de Jueces o demás funcionarios; de la infidelidad en la custodia de presos; así como otros delitos referidos a la custodia de documentos, violación de secretos, desobediencia y denegación de auxilio, anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, usurpación de atribuciones y nombramiento ilegales, agresiones sexuales, cohecho, malversación de caudales públicos, fraudes, exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Se trata, en suma, de penar conductas con mayor o menor gravedad (en general no es grave la punibilidad) atendiendo al daño o resultado produci-

do y a la falta de probidad del funcionario que de esa forma quebranta la confianza puesta por el Estado en el mismo.

Las penas son unas veces privativas de libertad, otras multa pecuniaria y las más de las veces inhabilitación absoluta o especial o suspensión, acompañada o no de privación de libertad o multa.

Es de resaltar que tanto se refiere el Código a funcionarios civiles como militares. Ocurre a veces, sin embargo, que algunos de estos delitos, cuando el sujeto activo es un funcionario militar, para castigarlos con mayor dureza, tienen su duplicación en el Código Castrense, como, por ejemplo, los fraudes de los arts. 400 y 401 del Código Penal Común, que tienen su contrapartida en los delitos contra la Hacienda Militar del vigente Código Penal Militar (y antes en el fraude militar del art. 403 del Código Marcial de 1945), y los delitos cometidos en la Administración de Justicia Militar, que han sido incluidos por primera vez en el nuevo Código Penal Militar.

La única, pues, reseñable desigualdad entre funcionarios militares y civiles, en el orden punitivo, es que a aquéllos, además de las penas principal y accesoria del Penal Común, ayer les era de aplicación inexorable el art. 231 del derogado Código Castrense de 1945, que conllevaba siempre, la separación definitiva del servicio, y hoy, si la pena es superior a tres años sufren la pérdida de empleo o cualquiera que sea la pena pueden sufrir, vía disciplinaria, la separación del servicio.

La falta de equiparación entre ambos funcionarios, por tanto, es rotunda y palmaria.

Las penas de inhabilitación y suspensión de profesión u oficio del Penal Común, como penas principales, abarcan un período de seis años y un día a doce años las primeras, y de un mes y un día a seis años las segundas. Como penas accesorias, la reclusión mayor, la reclusión menor, el extrañamiento y el confinamiento, llevarán consigo la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; y las penas de prisión mayor, prisión menor o arresto mayor, sólo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio o derecho de sufragio, también por el tiempo de la condena. No son, por ende, ninguna de ellas, penas perpetuas. Y se imponen precisamente porque el sujeto activo —funcionario— ha quebrantado la confianza que el Estado depositó en él por haber delinquido en relación con la misión asignada, es decir, que se exige en el tipo delictivo la condición de funcionario.

No ocurre lo mismo con el funcionario militar, cuya inhabilitación, perpetua si se impone como principal o accesoria la pena de pérdida de empleo, o temporal si se impone la suspensión de empleo, a veces nada tiene que ver con la función que el Estado le asigna, ni se exige en el tipo delictivo. Es simple consecuencia de unas accesorias para los militares por condenas según rebasen o no los tres años de punición, ajena, a veces, a la trascendencia del delito cometido.

Al respecto, escribía el tratadista J. ROMERO MAURA (1): “En cuanto

(1) Voz “Inhabilitación”. Enciclopedia Seix. Barcelona, 1954.

a la inhabilitación, no basta la consideración de las peculiaridades de la vida militar para dar cuenta de ciertos extremos de las penas militares o comunes de la Justicia Militar. Puede teorizarse una extensión de la propia inhabilitación al ámbito de los empleos militares. Ello tendría la ventaja de hacer más coherente esta inhabilitación con las accesorias y de sustituir esta separación del servicio por la más propia de deposición de empleo o incluso suspensión del mismo por el tiempo de la condena. Así se evitaría la consecuencia de perpetuidad que lleva aparejada la separación del servicio”.

Evidentemente: nuestro Código Penal Militar convierte una pena temporal —la inhabilitación— en una pena perpetua, por conductas con o sin relación a la misión asignada al que delinque. Y esta perpetuidad tiene lugar de forma automática e imperativa, sin que el Juzgador se pueda sustraer a ella ni calibrarla con las reglas del arbitrio judicial.

Cuando juzga la Jurisdicción Militar por delitos militares, el hecho de que la pena privativa de libertad sea o no superior a tres años depende del arbitrio judicial, por mor de la inexistencia de grados y de la individualización de la pena, que se puede imponer en la extensión que se estime justa sin sujeción a normas, por lo que incluso puede ocurrir alguna vez que la imposición de una pena de privación de libertad u otra, venga condicionada a que el Tribunal Sentenciador estime o no que el encartado es acreedor a la pérdida de empleo. Y “a sensu contrario”, se puede dejar de imponer una pena superior a tres años, ajustada a la gravedad de la conducta delictiva, por temor a que lleve aparejada tal pérdida de empleo.

Aún era peor en el derogado Código Castrense, cuando, por accesoria o por efectos, la separación del servicio dimanaba de delitos contra la propiedad o de penas del Penal Común superiores a tres años, o confinamiento, extrañamiento o inhabilitación, pues en estos supuestos la separación del servicio era automática, ineludible, por ministerio de la Ley. No había posibilidad de arbitrio, truncándose así vidas militares recuperables y convenientes para el Ejército, a veces incluso por hechos de escasa trascendencia.

La desigualdad respecto a los demás funcionarios públicos era aún más patente.

¿Es que era mayor la confianza que el Estado depositaba en un militar que en cualquier otro funcionario público?. ¿Es que el honor solo reside en el Estamento militar y no es exigible al Cuerpo Judicial u otros Cuerpos de funcionarios?.

Simplemente ocurría y ocurre, que en el Ordenamiento Común rige el principio de limitar el contenido de la pena a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función de la misma, y también el principio de que la accesoria temporal de inhabilitación para profesión u oficio solo es aplicable en aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido o, sin ser así, durante solo el tiempo de la condena. Asimismo, la mayor o menor entidad de las accesorias se corresponde con la mayor o menor entidad de las penas principales, y así, la inhabilitación absoluta la

conlleva la pena de reclusión menor (12 años y un día a 20 años); las penas de prisión menor y mayor (seis meses y un día a 12 años) solo llevan aparejada la suspensión por el tiempo de la condena.

Por el contrario, en el Ordenamiento Penal Militar, a veces razonablemente, otras no, el contenido de la pena excede de lo que es necesario para el cumplimiento del fin de la misma; la pérdida de empleo o la suspensión de empleo, en ocasiones no guardan relación con la función asignada al militar; y la primera de dichas penas —una inhabilitación absoluta más grave por perpetua y retroactiva— ya comienza a los tres años y un día.

Esta gravosa discriminación, aún siendo en muchos casos fundamentada en exigencia castrenses, ha inclinado al legislador a suprimirla en parte (delitos contra la propiedad y efectos de las penas comunes) en el ámbito penal, y al incorporarla al Régimen Disciplinario ha dado un paso de gigante en la equiparación de todos los funcionarios y ciudadanos, en aras del acercamiento al ordenamiento Común, sin menoscabo de la especificidad deseable y necesaria basada en lo estrictamente castrense, como impone la Constitución.

#### ANEXO TRES

##### EL HONOR MILITAR

El honor forma parte, junto con la vida, la libertad, la seguridad personal y la honestidad, de los valores fundamentales del individuo *"per se"*.

Sin embargo, como apunta JIMENEZ ASENJO (1), la concepción jurídica o sociológica del honor está perdida en un caos de falsas o confusas ideas: "Esta palabra honor es de las que han servido de base para largos y brillantes razonamientos, sin que jamás se haya aplicado a una idea estable. Este honor no es conocido sino después de la formación de la sociedad. Y como es producto vital de la misma, ofrece variantes tan dispares como lo sea el genio del tiempo y de los lugares en donde nace y las costumbres con las que convive".

Se confunden frecuentemente el honor y la honra. El honor es, en cierto modo, también la honra, y, posiblemente, fue la honra misma considerada en una clase determinada: la noble o clase de honor, por heredera de la caballería u orden de los caballeros. El orden moral referido a los actos del hombre en sí mismo engendraba la honra, y, en cambio, el orden moral, no del hombre de estado llano sino de la clase superior, creaba honor.

La evolución de los tiempos ha dado lugar a que hayamos llegado a un grado en la evolución clasista social en que cada hombre tiene la honra y el honor adecuado a su significación social, pero de idéntica naturaleza y contenido.

(1) Voz "Delitos contra el honor". Enciclopedia Sexi. Tomo VI, Barcelona, 1953.

El honor militar es el más característico porque, como explica DE QUEROL (2): "Existen sin embargo en el honor matices y peculiaridades que las instituciones sociales imprimen y exigen a veces a sí mismas y a los individuos que las integran. La Institución Armada, por ejemplo, impone a todos los que sirven en la Milicia un sentido depurado é inflexible del honor. No lo hace arbitrariamente sino porque lo precisa el deber sagrado de conservar una tradición gloriosa, porque lo demanda la naturaleza misma del fin y actividades del Ejército, porque lo exige de modo inexorable la consideración de que, envuelta en las banderas y prendida a las armas marciales, va la honra misma de la Patria". El concepto del honor militar, iniciado por la nobleza medieval y que floreció en la "caballería", fue heredado de modo directo por la profesión militar, que, según Calderón de la Barca, es "una profesión de hombres honrados".

Un repaso a los antecedentes históricos de la Institución Armada y su Jurisdicción, confirman este secular culto al honor.

Así, los Reyes Católicos, que inician la organización del Ejército Real en virtud de una Pragmática en 22 de febrero de 1496, implantan el servicio militar con carácter general y obligatorio, del que solo se libran "los pobres de solemnidad, los criminales y gente de mal vivir".

Los autores castrenses de la época de los Tercios hablan del simple oficio de Soldado "que fue muy considerado y gozó de gran estima durante los primeros años del Ejército Real, cuando no rehusan servir en él muchos nobles, de lo que dió ejemplo el mismo Emperador al sentar plaza y pasar la muestra como Soldado en el Tercio de Antonio de Leyva. Es cuando se olvidan semejantes virtudes lo que motiva el declinar de nuestro poderío militar". (SEBASTIAN MONTSERRAT ALSINA) (3).

ANTONIO GALLO (4), escribe: "Que en sentando plaza, queda tenido por honrado; por lo cual debe tener especialísimo cuidado con su honor, porque en él consiste toda perfección de este hábito de soldado...". Luego, dá diversos consejos, como el de evitar cualquier trato con "gente de uñas", que "no sea perezoso ni duerma mucho, que tenga gradísimo cuidado de aprender de los Oficiales para subir a oficios honrosos, que se guarde de afrentar a persona débil alguna y que cuando se ofreciese ocasión, ofenda de frente con la espada y no con la lengua, así como procure tener por camaradas soldados honrados, de buena vida y costumbres, y que, asimismo, guárdese de tocar en mujer que su amigo tratare, porque de eso se levantan grandes enemistades, y lo que uno no quiere para sí no lo haga a los otros".

(2) "Principios de Derecho Militar Español". Tomo II, páginas 477 y siguientes. Editorial Naval. Madrid.

(3) "Antecedentes históricos de la Jurisdicción". Revista de Derecho Militar nº 21, Enero-Junio 1966. Págs. 9 a 52.

(4) "Destierro e ignorancias de todo género de Soldados de Infantería", citado por Montserrat Alsina, Revista ut supra.

El capitán MARCOS DE ISABA (5), escribe: "Que el día que asienta su nombre en la lista de su Rey, y tira su sueldo, y comienza a gozar de aquel punto tan honroso como ser Soldado, ha de entender que se despoja de la libertad que ha tenido, y no puede hacer cosa mal ni ruín, y que aquella persona ya no es suya, pues se ha obligado al servicio de su Rey y a observar las órdenes con la pena y el castigo que en los que no son obedientes mandan los preceptos militares". Señala después las normas de conducta por las que a su juicio se debe gobernar el buen soldado, como son: "que ha de tener mucha paciencia si el sueldo o paga se entretuviesen, y muy comedido y bien criado, respetando y honrando a todos los Oficiales, así como rehusar tomar parte en cualquier motín, pues ha de ser terriblemente castigado cuando cometa tan vil e infame delito, que ha de privarle de cualquier honra moderna o antigua que de herencia o por su persona hubiese adquirido".

Ya recientemente, RUIZ FORNELLS (6), es del parecer: "Que la criminalidad sure de punto por ser militares los que cometen las infracciones, pues el militar está obligado a mostrar sufrimiento, abnegación, arrojo, desprecio a la vida, fortaleza, etc..., nada de lo cual se exige al hombre civil; si de ello dá muestras éste, se le llamará virtuoso, pero no se le considerará deshonrado si carece de tales cualidades. Para el Soldado dichas cualidades son otros tantos deberes y el no cumplirlos es mengua indigna que acarrea el menosprecio y hasta el castigo".

DE QUEROL (7) insiste en que: "El militar sabe que en su afinado concepto del honor y del deber fundan sus conciudadanos sus esperanzas y no ignora que el crédito y el prestigio de que en la vida social se le rodea no le son otorgados a él, sino por razón del honroso uniforme que ostenta y, en consecuencia, de cualquier ataque al honor militar ha de hacerse responsable a los aforados castrenses como de imperdonable delito, ya que con su irregular conducta se han hecho culpables de la pérdida de la confianza que la sociedad tenía depositada en ellos, no por ellos, sino por el hecho de pertenecer a una clase determinada".

Por último, LOPEZ MEDEL (8), se muestra contundente: "Hay que preservarse de la pulverización democrática, el materialismo de la socialización, que se liman con la estructura castrense, la cual pregona unidad, espiritualidad y estímulos sociales vivos, como el orden, la autoridad, el respeto, el sacrificio y el honor, de que tan escasos andan la sociedad de nuestros días".

Resumiendo los caracteres y vicisitudes históricas del honor escribe el

(5) "Cuerpo enfermo de la Milicia Española". Madrid, 1954. Citado por Montserrat Alsina en el trabajo suprascrito.

(6) "La educación moral del soldado". Citada por Blas y Gutiérrez de la Cámara en "El honor y sus Tribunales en los Ejércitos". Editora Naval, 1952.

(7) Obra citada. Tomo II, págs. 477 y siguientes.

(8) "El Ejército ante el fenómeno de la socialización democrática". Revista de Derecho Militar nº 16, julio-octubre 1966.

Capitán GARCIA OVIEDO (9): "El honor fue imbricándose aceleradamente en las sociedades urbanas y rurales. Alcanzó cuotas de influencia política cuando, según analizó Montesquieu, se constituyó en motor y resorte de los Estados monárquicos. Se confirma así que el honor servía a los sistemas autoritarios y a sus servidores más conspicuos: la nobleza. Al regir sólo para la nobleza se convirtió en el vector operativo que la apiñaba frente a la plebe. Los Ejércitos, a cuya Oficialidad accedían aristócratas y terratenientes, acogieron estos códigos y añadieron otros; con ello el honor militar adquirió carta de naturaleza y los militares, poseedores de la fuerza, se erigieron en clases diferentes frente al pueblo desarmado".

Al concepto de honor clasista, propio de nobles, ha sustituido el concepto del honor burgués. Mucho se ha andado desde aquél Ejército prusiano en que el Emperador Federico despreciaba al burgués como soldado, y solía decir que si un Oficial burgués caía en desgracia podía dedicarse a otra profesión, más al noble solo le cabía el suicidio; en que el joven Oficial no podía casarse, pues el servicio entrañaba una dedicación cuasi monacal; en que en las ciudades con guarnición un cañón disparaba cada vez que un soldado faltaba a la lista.

La posterior transformación del Ejército mercenario en permanente es de vital trascendencia, y a ella se debe, con otras concausas, el cambio operado socialmente y la distinción de las funciones militares de las civiles y las económicas, que abren la época moderna y que hacen posible el cultivo de virtudes específicamente burguesas.

Pese a todo, la Institución Armada, celosa de su tradición, mantiene el honor como un valor permanente, y por ello las Ordenanzas establecen como obligación del militar: "Velará por el buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio en cuanto miembro de ella, manifestando con su forma de proceder los principios que animan su conducta y el propósito de no dar motivo de escándalo". (Artículo 42).

## ANEXO CUATRO

### LOS EXPEDIENTES GUBERNATIVOS

En la normativa derogada se regulaban en el Capítulo I del Título XXV del Libro Tercero del Código de Justicia Militar de 1945, y estaban establecidos para cuando se considerase perjudicial la continuación de algún Oficial o Suboficial en el servicio, por cualquiera de las causas que numeraba el art. 1011 y las agregadas por la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, y que se referían, en síntesis, a notas desfavorables acumuladas, mala conducta habitual, faltas contra la propiedad, deudas injustificadas, actos deshonorosos, incumplimiento reincidente de normas sobre el ejercicio de actividades polí-

(9) Artículo "El País", 31 de agosto de 1983.

ticas y sindicales, cuartas reincidencias en faltas leves en un plazo inferior a tres años, o simple reincidencia en determinado período de faltas graves, o por haber manifestado pública y manifiestamente una actitud contraria a la Constitución o al Jefe del Estado.

Los Expedientes gubernativos, se insiste, eran otro de los círculos concéntricos punitivos que constreñían al profesional de las Armas, y que, amén de comportar una sanción tan trascendente como la de separación del servicio, podían generar en algún caso indefensión, dado lo genérico e indeterminado de sus causas. La relativa a "cualquier otro acto contra el honor militar", representaba el más claro ejemplo del condenable criterio de incluir conductas sin tipicidad. También era vicioso el sistema de consagrar, como motivo de Expediente, la reincidencia en faltas, aparte de que se recae en repetición innecesaria, pues alguna de las causas añadidas por la Ley 9/80 estaban implícitas en las que enumeraba el artículo 1011 del Código Castrense.

No había, tampoco, sanción intermedia: o apartamiento de la colectividad militar o continuación en ella. Y podían recaer también sobre Suboficiales. El bien jurídico protegido era, otra vez, el honor militar.

Ya quedó apuntado que en la reforma de la Justicia Militar los Expedientes gubernativos fueron desgajados del nuevo Código Penal Militar, incorporándolos a la Ley de Régimen Disciplinario, y que a los cuatro motivos para su incoación se suma el de haber sido el aforado condenado por un delito común doloso de privación de libertad o por delito culposo, si este último es castigado con pena superior a un año.

Las sanciones disciplinarias extraordinarias dimanantes de estos Expediente, son: la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo y la separación del servicio. Sólo pueden ser impuestas por el Ministro de Defensa y contra ellas cabe recurso contencioso-administrativo.

Pese a la mejora habida en la técnica legislativa y el haber huído de las reincidencias en tiempo determinado, el mayor error consiste en la quiebra del principio de legalidad: ninguna de las causas motivadoras previene sanción concreta y, por tanto, se puede imponer cualquiera de las tres sanciones, excepto cuando el motivo sea por condenas provenientes de delito de rebelión u otro delito común doloso con pena superior a seis años (en que forzosamente se impondrá la separación del servicio), o por delitos contra la propiedad o la honestidad (sic) u otros dolosos con pena superior a tres años (en que de no imponerse la separación del servicio recaerá sanción de suspensión de empleo por el tiempo de la condena). Por cualquiera de las demás causas, incluso por condenas dimanantes de delito común inferiores a tres años en delitos dolosos que no sean contra la propiedad o la honestidad, o superiores a un año si se trata de delitos culposos, se puede imponer, indistintamente, a juicio del Ministro de Defensa, la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo por tiempo de un mes o un año, la separación del servicio, o ninguna sanción.

Y más reparos, de carácter práctico: se propendrá a la ocultación de la condición de militar en las comparecencias ante la Jurisdicción Ordinaria. La sola posibilidad de que ello condujese a que el Juzgado Ordinario comunicase a la Autoridad Militar unas condenas de militares y no otras, por ignorar que lo fuesen, conculcaría la justicia distributiva y el principio de equiparación de todos ante la Ley.

También ofrecerá dificultades el cumplimiento de las condenas de militares por la Jurisdicción Ordinaria. Efectivamente: si hay o no baja en la F.A.S. del condenado, que es lo que determina el cumplimiento en Establecimiento común o en Establecimiento militar, dimana de un imperativo de la propia Ley Disciplinaria: la separación o no del servicio dependerá del Expediente gubernativo que se incoe y de la resolución discrecional del Ministro de Defensa, y aún más, de la resolución final en vía contencioso-administrativa. Hasta en tanto, no se puede saber si hay o no separación del servicio, y sin embargo, de ello depende que la condena sea cumplida en prisión común o en prisión militar. Como el expediente y el fin de la vía administrativa resolutoria puede tardar meses, mientras, ¿dónde se comienza a cumplir la condena, que ya es firme?. Si en prisión común, significaría dejar sin efecto lo dispuesto en el Código Penal Militar respecto a que deben cumplirse en Establecimiento Penitenciario Militar si la pena no lleva aparejada la baja en los Ejércitos, lo que no se sabrá hasta tiempo después, y en penas de breve duración haría ilusorio tal precepto. Y de empezar a cumplirse en Establecimiento Militar, con independencia de que podría darse el caso de cumplirse la condena antes de la resolución del Expediente que impusiera la separación del servicio, en cualquier caso, ¿qué resolvería al respecto la Jurisdicción Ordinaria?. ¿Qué diría la opinión pública, o por ejemplo, la familia de la estuprada o el perjudicado por la estafa?.

Desde otro punto de vista, no parece, en principio, muy acertado incluir, por primera vez, los delitos contra la honestidad cometidos por militar como más graves que otros. A la postre, los delitos denigrantes contra la propiedad tenían su razón de ser, posiblemente, para evitar los saqueos en las guerras en la antigüedad, razón que ha pervivido por inercia hasta nuestros días. Pero los delitos contra la honestidad no tienen mayor antijuricidad ni son más denigrantes que los delitos, verbigracia, contra el orden público o contra la vida. No se es más honorable cometiendo una falsificación de moneda que abusando de una menor, como tampoco es mayor la deshonra de un militar que toca sin su consentimiento a una mujer, que la de un sacerdote o un Magistrado.

Pero si aceptamos que ello es siempre más reprobable para un militar, por el código de honor de la Institución a la que voluntariamente pertenece, bastaría la existencia de la causa motivadora de Expediente gubernativo "conducta gravemente contraria a la dignidad militar", para la defensa de tal honor, sin necesidad, por tanto, de duplicarla con la causa derivada de condena por tal o cual delito o por esta u otra pena privativa de libertad:

debiera ser discrecionalmente— por todos los delitos y por todas las penas, puesto que cualquier delito y pena pueden mancillar el honor militar.

Por todas las expuestas razones es por lo que se debería abogar por la supresión de la causa referente a condenas de la Jurisdicción Ordinaria, ya que las otras cuatro causas insertas en la Ley Disciplinaria, por su carácter de “*numerus apertus*”, posibilitan la sanción extraordinaria de separación del servicio u otra sanción para los profesionales de las Armas que cometan hechos graves que se estimen deshonrosos.

## ANEXO CINCO

### LOS TRIBUNALES DE HONOR

Estaban destinados a reprimir las lesiones al honor cometidas por los miembros de los Cuerpos Armados. Es una Institución que ha desaparecido prácticamente en todos los países, pues ahora solo algunas naciones iberoamericanas los mantienen.

Tales Tribunales tenían como principio básico el de castigar, separándoles del servicio, a aquellos individuos que, por haberse apartado en su vida militar o privada, de los principios éticos, resultaban indignos de pertenecer a la carrera de las Armas. La Jurisdicción se extendía a aquellos hechos que no constituyendo delito (o aún siéndolo, o faltas, estuvieran juzgados en procedimiento judicial o gubernativo sin haber recaído pena de separación del servicio), afectasen al honor de sus autores o de la Institución de que formasen parte, para que unos y otra quedasen sin tacha. Consistían en actos indignos o deshonrosos, sin enumeración o tipología, opuestos a los sentimientos y a la convivencia de la Clase de Oficial: hábito de contraer deudas y no pagarlas; inclinación a la bebida y al juego; vida amoral; la conducta inconveniente en lugares públicos, etc...

Sus antecedentes más antiguos se hacen remontar hasta Carlomagno, subsistiendo en Francia hasta 1789. Pero sus orígenes hay que buscarlos en las Ordenanzas Prusianas de 1843 y 1874: “El honor exige que fuera de la vida militar el Oficial guarde una dignidad de actuaciones tales que esté de acuerdo con una clase de hombres a quienes está confiada la guarda del Trono y de la Patria. El Oficial no buscará para frecuentar sino a la sociedad en que se reúnan las buenas costumbres. Cuando se encuentre en un lugar público, recordará que el mundo ve en él no solamente a un hombre de buen tono, sino también al representante de un Cuerpo donde el honor y el sentimiento del deber son exaltados a su máximo grado. Se abstendrá de todo exceso, de abusar de la bebida y de los juegos de azar, de todo contrato equívoco, de juegos de bolsa, de toda participación en empresas financieras en las que los fines no sean absolutamente inatacables y el renombre sin tacha; en fin, de todo beneficio adquirido por vías dudosas. Su palabra del

honor no puede ser empañada a la ligera. Puede el lujo y el bienestar extender sus estragos en otros medios, pero el Cuerpo de Oficiales recordará que no son los bienes materiales los que acuerdan valores ni mantienen la alta consideración que discierne el juicio de la sociedad. No es solamente la aptitud de la vida de campaña la que estará comprometida por este género de vida afeminada, sino que hasta el mismo fundamento del estado militar podría conmoverse por la sed de riquezas y el bienestar”.

Las Cortes de Cádiz de 1811 consideraron la conveniencia de instaurar los Tribunales de Honor en los Ejércitos peninsulares, idea que fue desechada porque ya eran de uso particular en los distintos Cuerpos. Luego, por Decreto de 3 de enero de 1867, fueron implantados.

Entre los hechos que se consideraban indignos, en esos antecedentes históricos, destacan, para la mentalidad actual, aquellos que fueron recogidos del documento del General Don José San Martín, y que estaban en vigor en el Regimiento de Granaderos a Caballo. “Por trampas infames como de artesanos; por familiarizarse en grado vergonzoso con los Sargentos, Cabos y Soldados; por concurrir a casas de juego que no sean pertenecientes a la Clase de Oficiales, es decir, jugar con personas bajas e indecentes”.

La Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 dispuso la abolición de todos los Tribunales de Honor, civiles o militares. Se restablecieron el 17 de noviembre de 1936, justificándose así su necesidad: “Las Instituciones Militares rinden fervoroso culto al honor. De ahí la necesidad de confiar a quienes visten el uniforme un medio eficaz que impida se manille la más preciada de sus divisas”.

La Ley de 27 de septiembre de 1940 da su forma definitiva a la Institución, que fue recogida en el Código de Justicia Militar de 1945 en sus artículos 1025 y 1046. La Constitución Española permite sólo los Tribunales de Honor militares. Y aunque en la práctica estuvieron en desuso, la reforma de las Leyes Penales militares en principio no los suprimieron.

Los acuerdos se tomaban por mayoría y los mismos hechos podían ser sancionados en procedimiento judicial o Expediente gubernativo y Tribunal de Honor. La resolución a adoptar era única: aplicar o no la separación del servicio. Y únicamente regían para Oficiales, nunca para Suboficiales, Tropa o Marinería, aún con empleos consolidados.

Hoy han desaparecido en virtud de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar.

## BIBLIOGRAFIA

- *Constitución Española*, de 27 de diciembre de 1978.
- *Código de Justicia Militar*, de 17 de julio de 1945.
- *Ley Orgánica 9/80*, de 6 de noviembre, modificativa del Código Castrense de 1945.
- *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre.
- *Código Penal Militar*, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.
- *Ley Orgánica 12/1985*, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- *Ley Orgánica 2/1989*, de 13 de abril, Procesal Militar.
- *Ley Orgánica 1/1979*, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- *Reglamento Penitenciario nº 1201/1981*, de 8 de mayo, modificado por Real Decreto nº 787/1984, de 28 de marzo.
- *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: "*Principios de Derecho Militar Español*".
- JIMENEZ ASENJO, Enrique: "*Delitos contra el honor*" (Enciclopedia Seix).
- LOPEZ MEDEL, Jesús: "*El Ejército ante el fenómeno de la socialización democrática*" (Revista de Derecho Militar nº 16).
- MONTSERRAT ALSINA, Sebastián: "*El Ejército Real y la Jurisdicción de guerra: estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*" (Revista Española de Derecho Militar nº 21).
- ROMERO MAURA, Joaquín: "*Inhabilitación*" (Enciclopedia Seix).
- RUIZ FORNELLS: "*La educación moral del soldado*" (citada por BLAS Y GUTIERREZ DE LA CAMARA, en "El honor y sus Tribunales en los Ejércitos", Editora Naval, Madrid, 1952).
- *Ley Penal Alemana*, transcrita por RODRIGUEZ DEVESA en Revista Militar nº 4.
- *Código de Justicia Militar Francés*, comentado por HERNANDEZ OROZCO en Revista Española de Derecho Militar nº 19.
- *La Ley Penal Militar de la República de Cuba*, en Revista Española de Derecho Militar nº 19.
- GARCIA BALLESTER, Pascual: "*La legislación penitenciaria militar*", en "Memoria de la Fiscalía Togada". Año 1984-85, pags. 69 a 93.

## LOS MERCENARIOS A LA LUZ DEL DERECHO HUMANITARIO

Luis MASIDE MIRANDA

*Doctor en Derecho*

*Teniente Coronel Auditor*

### SUMARIO

I. INTRODUCCION.- II. CONCEPTO: A). La definición de Rabat. B). Las definiciones de Luanda. C). La definición de Ginebra: El artículo 47 del Protocolo Adicional I.- III. EL ESTATUTO JURIDICO-HUMANITARIO.- IV. LA CONDENA INTERNACIONAL.- V. CONCLUSIONES.

#### I. INTRODUCCION

Si bien la figura del mercenario no es nueva ya que con diversos matices existía en todos los tiempos, en la Antigüedad, en la Edad Media, en el Renacimiento y en nuestros días (1), es, en realidad, en las tierras africanas, en el contexto de la descolonización, y, más concretamente, con la secesión de Katanga, Kasai y Kwila (1960-1962) cuando el fenómeno del mercenario aparece por primera vez como un problema específico de alcance internacional y por ende, como una cuestión de Derecho Internacional (2) o como dice muy claramente Fernández-Flores, "la proliferación de mercenarios en las luchas que trajo consigo el proceso descolonizador, dió lugar a una preocupación general por el tema y así, no sólo las N.U. sino también diferentes organismos internacionales y aún la O.U.A., lo han abordado" (3).

(1) A título ilustrativo podemos citar a Jenofonte que se pone al servicio de Ciro el Joven para combatir a Artajerjes II; las Compagnies-Franches; Tard-Venus; los Landsknechtes; los Dragones del Sax; los condottieri; R. Malatesta; Sforza; Costas Georgiu ("Coronel Callan"); Gustavo Grillo; "Coronel Hoare"; Rolf Steiner. Vid. TREASE, G.: *Les condottieri*. Bruxelles, 1972; LANTIER, J.: *Le temps des mercenaires*. Verviers. (Marabout), 1970; TERCINET, J.: "Les mercenaires et le droit international". *A.F.D.I.*, 1977, p. 269-293.

(2) DAVID, E.: *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*. Ed. Université de Bruxelles, 1978, p. 229.

(3) FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Del Derecho de la guerra*. Ed. Ejército. Servicio del E.M.E. Madrid, 1982, p. 309.

Pone de relieve VIÑAL CASAS que el recrudescimiento del mercenariado en tierras africanas ha contribuido notablemente a sensibilizar a la opinión pública internacional (4). Así, algunos autores como JENKS llegan a calificar a los mercenarios de *hostes humani generis* (5) y muchas Organizaciones internacionales de vocación universal como las Naciones Unidas han condenado, abiertamente, el mercenariado (6) u Organizaciones internacionales no gubernamentales se han decantado en este mismo sentido (7) aunque en esas resoluciones no se define la figura del mercenario, sino que se remacha, insistentemente, que el utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional es *un acto criminal* y que los mercenarios son unos *criminales fuera de la ley* (8).

Los debates y las resoluciones de las organizaciones internacionales, la práctica de los Estados, los trabajos de la Conferencia Diplomática para la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Humanitario (CDDH, en adelante) "*permettent d'esquisser les contours de la notion de mercenaire et du statut du mercenariat en droit international*" (9).

## II. CONCEPTO

El Diccionario de la Lengua Española señala que éste término "aplicase a la tropa que sirve en la guerra a un príncipe extranjero" (10). Por su parte, el PETIT ROBERT pone de manifiesto "*la seule considération du gain*" (11) y en el marco doctrinal, TERCINET insiste en que "*le mercenaire est donc un individu qui essentiellement attiré par la perspective d'un salaire,*

(4) VIÑAL CASAS, A.: "El estatuto jurídico-internacional de los mercenarios". *R.E.D.I.* Vol. XXX, nº 2, 1977, p. 290.

(5) JENKS, C.: *A New World of law?*. London, 1969, p. 31. Vid. asimismo, la intervención del observador de la Unión Nacional Africana de Zimbabue, Sr. J. Hamudivamwe Muchabaiwo Masangomai en la 36ª sesión, CDDH/III/SR-33-36 Anexo, p. 7.

(6) Así, *inter alia*, las Resoluciones 1514 (XV) de 14 de diciembre del 1960; 2131 (XX) de 21 de diciembre de 1965; 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970; 2708 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; 3103 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973; 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974; 31/146 de 20 de diciembre de 1976; 31/154-A de igual fecha; 35/35 de 14 de noviembre de 1980.

(7) Mesa Redonda sobre los problemas actuales del Derecho Internacional Humanitario, San Remo, 1976.

(8) La R/35/35-A de 14 de noviembre de 1980 aprobada por 119 votos a favor contra 18 (Austria, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania Occidental, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, R. Unido y Estados Unidos) y 7 abstenciones (Irlanda, Costa de Marfil, España, Grecia, Japón, Malawi y Portugal) reafirma que la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos liberatorios constituye un *acto criminal* y que los propios mercenarios son unos *criminales* y se pide a los Gobiernos que adopten leyes en las que declaren punibles el reclutamiento, la financiación, el adiestramiento y el tránsito de mercenarios en sus territorios. Vid. Déclaration sur les activités des mercenaires de el O.U.A. *Special Sommet 8º*. Addis-Abbeba, juillet, 1971.

(9) TERCINET, J.: *Op. cit.* p. 271.

(10) *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Edición, 1984. Madrid, T. II, p. 900.

(11) ROBERT, P.: *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*. Société du Nouveau Littre, Paris, 1973.

qui prend part à un combat dans l'unique but d'obtenir une remuneration, et qui est étranger par rapport à la Partie qui l'emploie" (12), y en este mismo sentido se decanta CASSESE cuando dice que el mercenario es aquel que sirve o actúa solamente por motivos de provecho personal, de modo particular un soldado que se ofrece al servicio de cualquier ejército que le alquila (13) pronunciándose así también OSMANCZYK al hacer resaltar el alquiler para luchar contra cualquier adversario (14).

#### A. La definición de Rabat:

Los primeros ensayos de definición se remontan al año 1972 cuando el Comité de Expertos de la Organización de la Unidad Africana, en la Conferencia de Jefes de Estados, reunidos en Rabat, presentaron un proyecto de Convenio para la eliminación de los mercenarios en Africa, señalándose en su artículo 1:

*"La présente convention caractérise comme mercenaire tout individu qui n'ayant pas la nationalité du pays contre lequel ses actions sont dirigées, est employé, s'enrôle ou se lie volontairement à une personne, à groupe ou à une organisation dont le but est: a) de renverser par les armes, ou par tout autre moyen le gouvernement de cet Etat membre de l'O.U.A.; b) d'attenter à l'indépendance, à l'intégrité territoriale ou au fonctionnement normale des institutions dudit Etat; c) de s'opposer par un moyen quelconque aux activités de tout mouvement de libération reconnu par l'O.U.A."* (15).

#### B. Las definiciones de Luanda:

En junio de 1976, se elabora en Angola, concretamente en Luanda, otra definición sobre la figura del mercenario, con motivo del proceso que en esa ciudad se sustancia contra 13 mercenarios, 10 ingleses y 3 americanos, que habían combatido en las filas del Frente Nacional de Liberación de Angola (F.N.L.A.) en su lucha contra el vencedor, el Movimiento Popular de Liberación de Angola (M.P.L.A.). El día 28 de junio de 1976 dicta sentencia el Tribunal Revolucionario del Pueblo de Luanda (16) formulando la siguiente concepción:

(12) IERCINET, J.: *Op. cit.* p. 272. Vid. VAN DEVENTER, H.W.: "Mercenaires at Geneva", *A.J.I.L.* Vol. 70, n° 4, Octubre 1976, p. 811 y ss.

(13) CASSESE, A.: "Mercenaries: Lawful combatants or war criminals?". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 40/I, 1980, p. 2.

(14) OSMANCZYK, E.J.: *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Madrid, 1976, p. 737.

(15) DAVID, E.: *Op. cit.* p. 359.

(16) Este Tribunal Revolucionario encontró a todos los acusados culpables de los delitos de *associação de malfeitores, crime mercenário y crime por mandato remunerado*, previstos y penados en el artículo 263 del Código Penal y en relación con el artículo 20 n° 4 (autoría y *participação criminosa*) del citado texto legal y, asimismo, en relación con la Ley Disciplinaria del Combatiente, siendo condenados cuatro de ellos a la pena de muerte y el resto a diferentes penas de *prisão maior celular; prisão maior temporaria y degredo temporario*. Vid. CASSESE, A.: *Op. cit.* Los textos en *Angola rumo à independência*. Vid. *Legislação Penal Revolucionaria. Republica Popular de Angola*, 1976.

*“Pratique le crime de mercenariat celui qui pour un profit personnel, en groupe ou individuellement, se propose par l'action armée d'entraver le processus d'autodétermination d'un peuple qui est étranger, ou veut lui imposer par la même voie une vie néocoloniale”* (17).

A este proceso fue invitado, por parte del Gobierno angoleño, una *Commissao Internacional de Inquerito*, que, a su vez, elaboró un proyecto de Convenio para la prevención y supresión del mercenariado (18) en cuyo artículo 1º se establece:

*“Commet le crime de mercenariat l'individu, groupe, ou association, les représentants de l'Etat et l'Etat lui-même qui, dans le but d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, pratique l'un des actes suivants:*

a) *Organiser, financer, fournir, équiper, entraîner, promouvoir, soutenir ou employer de quelque façon que se soit, des forces militaires consistant ou incluant des personnes qui ne sont pas des nationaux du pays où elles vont opérer pour des gains personnels, moyennant le paiement d'un solde, salaire ou autre type de rétribution matérielle.*

b) *S'engager, s'engager ou tenter de s'engager dans les forces mentionnées.*

c) *Permettre que dans les territoires soumis à sa souveraineté ou dans tout autre lieu sous son contrôle se développent les activités mentionnées dans l'alinéa a) ou accorde des facilités de transit, transport ou autre aux opérations des forces mentionnées”* (19).

### C. La definición de Ginebra: El artículo 47 del Protocolo I

En la Conferencia Diplomática surgió la problemática de los mercenarios en el marco de la III Comisión (20), en 1975, al mismo tiempo que la de los guerrilleros considerando a éstos como *sagrados* “ya que luchan por el triunfo de una causa justa y legítima, en nombre del derecho de la autodeterminación de los pueblos contra una potencia colonial y racista, mientras que los mercenarios son *uns chacals au visage inhumaine assoifés de sang africaine*” (21), en expresión del representante de Nigeria, puesto que sus intereses

(17) CASESE, A.: *Op. cit.* Doc. Luanda, 1976. D. Luanda 1977.

(18) Vid, *infra* IV, p. 76

(19) Conférence d'Alger sur la Déclaration des droits des peuples. Juillet, 1976, doc. 103. Vid. el informe de la *Commissao Internacional de Inquirito sobre os mercenarios*. Doc. Ministerio de Justiça, 1977. Luanda.

(20) La misión de esta III Comisión, que estaba presidida por el egipcio, Sr. Hamed Sultan y como Vicepresidentes el húngaro Sr. Gèza Herczegh, y los delegados de Mongolia, Srs. Mangaly Dugersuren (periodos de sesiones 1º, 2º y 3º) y Dugersurengiin Erdembileg (4º periodo) era estudiar, *inter alia*, la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, métodos y medios de combate y el estatuto de prisionero de guerra, presentandose enmiendas en el Plenario CDDH/SR 33, 34, 35 y 36.

(21) CDDH/III/SR-13-40, 1975. Vid. BRETTON, Ph.: “L'incidence des guerres contemporaines sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux” *J.D.I.* 1978, T. II, p. 235. Vid. inter-

son espureos por empuñar las armas contra aquella causa y defender los intereses racistas y colonialistas (22).

El problema del mercenariado fue ampliamente debatido en el seno del Grupo de Trabajo de la citada III Comisión. Las Delegaciones Occidentales adoptaron dos puntos de vista, uno que se podía denominar *técnico* y consistía, *tout court*, cómo definir al mercenario, y el segundo, que se podía calificar de *humanitario* estaba cimentado en la idea de que el mercenario es una persona humana y como tal debe tener un mínimo de protección. En este marco, el embajador de Nigeria, Sr. B. Akporode Clark presenta la primera propuesta con el fin de definir al mercenario, donde se van a fijar los rasgos conceptuales en forma del siguiente nuevo artículo 42 *quater*, para su inclusión en el Protocolo I.

La propuesta decía así:

“Insertese un nuevo artículo que diga:

Artículo 42 *quater*: Mercenarios.

1.º No se reconocerá el estatuto de combatiente o de prisionero de guerra a los mercenarios que tomen parte en los conflictos armados a que se refieren los Convenios y el presente Protocolo.

2.º Se considerará como mercenario a toda persona que sin ser miembro de las fuerzas armadas de una de las Partes en conflicto haya sido especialmente reclutada en el extranjero y cuyo motivo para combatir o tomar parte en el conflicto armado sea esencialmente el deseo de obtener una retribución económica, una recompensa o cualquier otro beneficio privado” (23).

El Grupo de Trabajo de la III Comisión consideró que sería conveniente que en su informe figurase una exposición de las zonas de acuerdo y desacuerdo para orientación del Grupo de Trabajo y de la Comisión en el Cuarto Período de Sesiones de la Conferencia.

El apoyo general al concepto central de la denegación del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra a los mercenarios resultó difícil de traducir en una definición de lo que es un mercenario y en una exposición de las consecuencias del servicio de mercenario.

Algunas Delegaciones eran partidarias de una definición breve y sencilla del mercenario, por el peligro de que las especificaciones pudieran vaciar de contenido al concepto de todo significado real. Otras Delegaciones, al pedir una enumeración de los criterios para la definición del mercenariado y al señalar que ciertas categorías de personas deberían excluirse del concepto, prestaban apoyo a una definición más detallada y compleja (24).

venciones del Observador de la Unión Nacional Africana, Sr. J. Hamudivamwe Muchawaivo Masangomai, en la 36ª Sesión del 24 de marzo de 1975, de la delegada de Costa de Marfil, Srta. Liliane Boa: CDDH/III/SR-57, p. 50 y la del Sr. Abdaramane Doumbia, de Mali: *Ibidem*, p. 51.

(22) *Ibidem*.

(23) Era la propuesta CDDH/III/GT/82 de 13 de mayo de 1976, que fue aprobada por la III Comisión en el Cuarto período de sesiones.

(24) *Rapport* de la Comisión III. CDDH/236/Rev. 1 de 31 de diciembre de 1976, p. 97.

En una segunda versión de la propuesta nigeriana, ya revisada, se amplían algunos elementos, así por ejemplo “el no ser miembro de las fuerzas armadas de un tercer Estado” y “el combatir o tomar parte directa en el conflicto” con la finalidad de distinguir entre el mercenario *stricto sensu* del consejero, técnico, asesor o instructor (25) que no son mercenarios en el sentido generalmente admitido, evitando así que puedan abusar de la disposición de los participantes en guerras convencionales o en luchas de liberación nacional (26), permaneciendo el resto inalterable.

Nuevamente, se iba a introducir el requisito de “ser nacional de una de las partes contendientes” (27).

El Relator de la III Comisión, el estadounidense George H Aldrich, al finalizar el tercer período de sesiones, en el Informe emitido sobre los artículos (42 y 42 *quater*) que no han sido aprobados por la Comisión pone de relieve que “parece existir en el Grupo de Trabajo la siguiente base de acuerdo: Ante todo, un mercenario es una persona cuyo motivo para luchar es fundamentalmente o en primer término el deseo de conseguir, como dijo un representante “dinero contante y sonante”...

Asimismo hay acuerdo general en considerar mercenario a una persona que se reclutara para que tomara parte en el combate mismo...

También el mercenario debe haber sido reclutado en nombre de una Parte en el conflicto y haberse alistado para participar en un conflicto particular...

También se caracterizó al mercenario como a una persona que no es nacional de una Parte en conflicto. Un individuo que tenga la nacionalidad de una de las Partes en conflicto no debería incluirse en la definición. El mercenario puede ser reclutado tanto localmente como en el exterior; el lugar del reclutamiento no es, pues, un criterio regulador.

A partir de aquí hubo algunas diferencias de opinión en el Grupo de Trabajo. Algunas delegaciones estimaron que no es mercenario el individuo alistado en las fuerzas armadas de un Estado y que, por consiguiente, la definición de mercenario debería especificar que esa persona no es miembro de las fuerzas armadas de una Parte en el conflicto...

También planteaban dificultades los miembros de las fuerzas armadas extranjeras que pudieran servir en las fuerzas armadas de las Partes en el conflicto o prestarles asesoramiento. Algunas Delegaciones deseaban que quedara claro que los técnicos o asesores u otro personal procedentes de las fuerzas armadas de los Estados que no sean Parte en el conflicto no pueden ser considerados como mercenarios, aún cuando sean reclutados en el extranjero, no sean nacionales de las Partes en el conflicto y estén motivados por el deseo de lucro. Otras delegaciones deseaban que no se excluyera a nadie en esa categoría. Finalmente, se hizo referencia al hecho de que los

(25) Era la propuesta CDDH/III/GT/96 de 25 de mayo de 1976.

(26) *Rapport* de la Comisión cit. p. 105.

(27) CDDH/III/GT/97 de 28 de mayo de 1976.

voluntarios que combaten a favor pero no dentro de las fuerzas armadas de las Partes en el conflicto y que no combaten por dinero deberían excluirse de la definición de mercenario" (28).

Por su parte, el Sr. Richard R. Baxter, de la Delegación de los Estados Unidos, pone de relieve que al preparar el documento CDDH/III/361/Add-1, ha tratado de identificar las principales líneas de acuerdo y de desacuerdo y de cristalizar las cuestiones en juego, a fin de facilitar la labor de la Comisión y del Grupo de Trabajo en el Cuarto Período de Sesiones de la Conferencia (29).

En el Cuarto período de sesiones de la Conferencia Diplomática, ya citada, se adoptó un enfoque distinto en virtud del cual el Delegado de Nigeria, autor de la propuesta original, llevó a cabo una serie de consultas privadas con otros Delegados interesados. Esta nueva orientación tuvo tanto éxito que el proyecto resultante (30) fue aprobado por el Grupo de Trabajo en una sola Sesión, el 21 de abril, con pequeñas modificaciones en su redacción, de menor cuantía, y, adoptado por consenso por la Comisión en su 57ª Sesión, pretendiéndose que constituya un nuevo artículo independiente dentro de la Sección III del Título III del Protocolo Adicional I.

Cierto número de Delegaciones preferían un texto más enérgico que impidiese a los Estados el reclutamiento, la formación, la reunión y la utilización de mercenarios o que prohibiese a sus ciudadanos alistarse como mercenarios, otras Delegaciones postulaban que se hiciera referencia al ámbito de la responsabilidad individual o colectiva por permitirse tales actividades y finalmente otras Delegaciones hubieran preferido un texto en el que figurase otro aspecto de la definición de mercenario: el de las actividades de éstos que tienen por objeto frustrar, mediante la violencia armada, el proce-

(28) Informe emitido sobre los artículos 42 y 42 *quater* que no han sido aprobados por la Comisión: CDDH/III/361/Add-1, de 7 de junio de 1976. En sus 52ª y 53ª sesiones, de 9 y 10 de junio de 1976, respectivamente, la Comisión aprobó el Informe con las modificaciones introducidas, clausurándose por su Presidente, el egipcio Sr. Hamed Sultan.

(29) CDDH/III/SR-41-53, de 31 de diciembre de 1976, p. 145.

(30) CDDH/III/GT/105, de 20 de abril de 1977. El texto era como sigue:  
"Proyecto de Protocolo I.

Título III: Métodos y medios de combate-Estatuto de prisionero de guerra.

Sección III: Estatuto de prisionero de guerra.

Nuevo artículo sobre mercenarios.

1º Los mercenarios no tendrán derecho a la condición de combatiente o de prisionero de guerra.

2º Se entiende por mercenario toda persona:

- a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado.
- b) Que tome efectivamente parte directa en las hostilidades.
- c) Que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte.
- d) Que no sea nacional de una Parte en el conflicto ni residente en un territorio dominado por una parte en el conflicto.
- e) Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto o de un Estado que haya sido enviada por ese Estado".

so de libre determinación (31). No obstante, la Comisión llega a la conclusión general que el texto presentado “constituía, probablemente, la mejor fórmula de transacción a que se podía llegar por el momento” (32), aunque este texto “se puede completar mediante acuerdos regionales o por una legislación nacional” (33) “deshechándose la posibilidad de considerar como mercenarios a todos los nacionales de una de las Partes en el conflicto, a todos los residentes en un territorio dominado por unas de las Partes en conflicto y a todos los miembros de las fuerzas armadas de un Estado que sean enviadas por ese Estado. Huelga decir que esto se limita a los miembros de las fuerzas armadas en servicio activo. Se estimó que las personas pertenecientes a estos grupos no debían ser colocadas en peligro de ser consideradas como mercenarios” (34).

Finalmente, el texto aprobado pasó de este Grupo de Trabajo a la Comisión en la que se aprobó por consenso y pasando a constituir un nuevo artículo independiente (35). Su texto definitivo es como sigue:

“ARTICULO 47 – MERCENARIOS:

1.º Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisioneros de guerra.

2.º Se entiende por mercenario toda persona:

a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado.

b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades.

c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte.

d) que no sea nacional de un parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto.

e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto.

d) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto” (36).

En las explicaciones de voto que tuvieron lugar a lo largo de la 57ª Sesión el Delegado de Nigeria, Sr. Akporode Clark, “se felicitaba sobre este nuevo

(31) Sobre las diferentes posturas en este marco, Vid. CDDH/407/Rev. 1, p. 22-27 así como el Informe sobre artículos *cit.* p. 26-27.

(32) Informe *cit.* p. 25.

(33) *Ibidem.*

(34) *Ibidem.* Vid. el Informe a la Comisión III sobre la labor del Grupo de Trabajo presentado por el Relator, p. 4-5.

(35) CDDH/363 de 22 de abril de 1977.

(36) Este artículo fue aprobado por consenso en la 57ª sesión del día 22 de abril de 1977, bajo la presidencia del egipcio Sr. Hamed Sultan, en los idiomas árabe, español, francés, inglés y ruso: CDDH/III/363. Vid.: *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.* (DE PREUX, J. et al: Comité International de la Croix-Rouge. Genève, 1986, p. 583 y ss.

artículo (37). Sus disposiciones son claras, nada se ha intentado para denegar a los mercenarios el trato humano corriente que les corresponde lo mismo que al resto de la humanidad, ni tampoco las garantías fundamentales previstas en los Convenios y en el artículo 65 del proyecto de Protocolo I" (38), y en este mismo sentido "que es signo de la atmósfera constructiva de cooperación que reina en las Delegaciones" (39) se pronunciaron los Delegados de Yugoslavia (40), Rumanía (41), República Socialista de Vietnam (42) y de la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista (43) así como el de Hungría (44).

Sin embargo, muchas Delegaciones expresaron sus reservas sobre este artículo, así por ejemplo, el Delegado del Zaire, Sr. Lukabu-K'habouji se expresaba en estos términos: "Mi país que ha sido objeto de muchos ataques de mercenarios, atribuye especial importancia al nuevo artículo, hubiera preferido un texto más riguroso en sus disposiciones para prohibir la "odiosa profesión" de asesinos a sueldo, y más detallado en las obligaciones impuestas a los Estados en cuyos territorios se reclutan mercenarios" (45).

El Delegado italiano, Sr. Giuseppe Barile, "considera que el párrafo 2º no ha llegado a definir a los mercenarios de una manera suficientemente clara y objetiva" (46), añadiendo el Delegado del Yemen Democrático, Sr. Mohamed Omer Alkaff" que era preferible un texto más tajante y nos hubiera gustado que figurara una referencia a la responsabilidad de los Estados que practican el reclutamiento y formación de los mercenarios" (47) palabras estas que confirma el Delegado de Qatar, Sr. Ahmadein Bahei-El-Din Khalil (48), y el Delegado sirio, Sr. Bachir Mourad, prefería "un texto más severo que no concediera ninguna protección a los mercenarios pues cometen graves crímenes en el campo de batalla" (49).

La Delegada de Cuba, Sra. Juana Silvera, tras poner de manifiesto que los mercenarios se oponen a los procesos de liberación nacional y perpetúan la explotación colonial y neocolonial y racista, critica este precepto por no

(37) El Delegado de los Emiratos Arabes Unidos, Sr. Mohamad Hassan Mokhtar, calificó a este artículo como un "hito en el progreso del Derecho Internacional Humanitario": CDDH/III/SR-57, p. 49 y el Delegado de Corea Democrático, Sr. Jin Chung Kuck "agradece a Nigeria el haber planteado este problema" *Ibidem*. pues "suprime de una vez para siempre a los mercenarios": Delegado de Ghana, Sr. Peter Agbeko: *Ibidem* y el Sr. Mussgy Jeichande de Mozambique: *Ibidem*.

(38) CDDH/III/SR-57: Vid. *infra* III, p. 73.

(39) La URSS por medio del Sr. M.G. Grivanov: CDDH/III/SR-57, p. 18.

(40) Sr. Dragutin Tóđoric: *Ibidem*, p. 17.

(41) Sr. Vasile Cretu: *Ibidem*, p. 29.

(42) Sr. Nguyen Van Luu: *Ibidem*, p. 30.

(43) Sr. Mohamed Abdul El Aziz: *Ibidem*, p. 38.

(44) Sr. Géza Herczegh: *Ibidem*, p. 24.

(45) CDDH/III/SR-57, p. 19. También el Delegado de Corea del Norte, Sr. Jin Chung Kuck formuló reservas a los apartados c) y e) del párrafo 2º: *Ibidem*, p. 13.

(46) *Ibidem*. p. 23.

(47) *Ibidem*. p. 33.

(48) *Ibidem*. p. 35.

(49) *Ibidem*. p. 34.

consagrar la responsabilidad de los Estados por organizar, equipar, entrenar, promover, proporcionar o facilitar transporte a los mercenarios (50).

Las Delegaciones Occidentales ponían el acento en la nota de humanidad, así, el Jefe de Delegación de la Santa Sede, Monseñor Silvio Luoni "estimaba que este artículo debería referirse al artículo 65 relativo a las garantías fundamentales a fin de asegurar un mínimo de protección a personas que, independientemente de sus yerros, figuran entre los principales proscritos de la sociedad y garantizar los derechos humanos fundamentales que superan toda consideración política o de conveniencia" (51) y el Delegado de Australia, Sr. Francis Joseph Mahony lamentaba que no se hiciese una referencia expresa de las garantías del artículo 65 pues por motivos humanitarios no debería rehusarse a los mercenarios el estatuto de prisioneros de guerra (52) e interpretaría el precepto de acuerdo con el informe del Relator (53). El Delegado de Portugal, Sr. José María Branco Aleixo pone de manifiesto que "hasta los peores criminales están protegidos por ciertas garantías" (54), por "lo que en su caso de los mercenarios deberán quedar sometidos, naturalmente, a proceso criminal" añadía el Delegado norteamericano, Sr. James R. Miles (55).

A éstos argumentos humanitarios respondió el Delegado de Madagascar, Sr. Henry Rabary-Ndrano señalando "que algunos representantes han sugerido que el nuevo artículo no es suficientemente humanitario, pero en cambio, deberían considerarse satisfechos por no ser antihumanitario, como son los objetivos y ocupación de las personas a quienes se refiere" (56).

El Delegado de Mauritania, Sr. Yedaly Ould Sheikh, consideró un nuevo aspecto en la motivación del mercenario: "Estos no siempre están motivados por el afán de ganancia material. La institución de los mercenarios propende cada vez más a revestir un carácter político y subversivo, y el texto hubiese quedado más claro si hubiese tratado de incluir estos nuevos casos en la definición general del párrafo 2º" (57). Asimismo el Delegado del Zaire, Sr. Lukabu K'Habouji señala otro nuevo aspecto al decir "Tal y como está actualmente redactado el párrafo 2º, servirá para alentar un nuevo género de mercenario, el de la motivación ideológica, del cual Zaire ha tenido

(50) *Ibidem*, p. 31.

(51) CDDH/III/SR-57, p. 14. Intervención del 29 de abril de 1977. 57ª Sesión.

(52) *Ibidem*, p. 28.

(53) Era el informe CDDH/III/369 a la III Comisión sobre la labor del Grupo de Trabajo, presentado por el Relator (*Ginebra*) de 17 Marzo - 10 Junio 1977.

(54) *Ibidem*, p. 37.

(55) *Ibidem*, p. 43. También se decantaron en este sentido humanitario Canadá por medio de su delegado Sr. Pierre Chenier (*Ibidem*) y Suecia por medio del Sr. Torgil Wullff: *Ibidem*, p. 55-56.

(56) CDDH/III/SR-57, p. 44-46. También se pronunció en este mismo sentido el delegado de Malí, Sr. Abdaramane Doumbia (*Ibidem*, p. 51).

(57) *Ibidem*, p. 27. Intervención del 29 de abril de 1977, en la 57ª sesión presidida por el egipcio Sr. Hamed Sultán. En este sentido se manifestó el Sr. Remy Mbaya de la delegación del Camerún.: *Ibidem*, p. 54.

la experiencia encarnada en muchos individuos que han combatido al lado de los rebeldes en sus designios de crear confusión y efusión de sangre" (58).

Las cuatro definiciones que hemos rotulado anteriormente no tienen la misma autoridad ni el mismo marco jurídico-formal de aplicación. A este respecto, nos parecen muy circunspectas las palabras de David:

*"La définition figurant dans le jugement de Luanda n'a qu'une autorité jurisprudentielle, autorité de caractère interne limitée à l'Angola. La définition figurant dans le projet de convention élaboré par la Commission Internationale d'Enquête présente à Luanda n'a qu'une autorité doctrinale puisque la plupart de ses auteurs, n'y siégeaient qu'à titre personnel, en outre, il ne s'agissait que d'une projet.*

*La définition de Rabat n'était également qu'une projet. Seule la définition de Genève possède une autorité juridique internationale."* (59).

### III. EL ESTATUTO JURIDICO-HUMANITARIO

Son certeras las palabras de Fernández-Flores cuando dice "Solo tienen *status* beligerantes legítimos y, por lo tanto, solo gozan de la aplicación del Derecho de la guerra, los ejércitos, las milicias incorporadas a ellos, y las que reúnan ciertas circunstancias, los movimientos de resistencia, las fuerzas regulares de una Autoridad o Gobierno no reconocido, las poblaciones en ciertos supuestos y las fuerzas o grupos que combaten con ciertos requisitos, según hemos expresado" (60), añadiendo el citado autor, que "late el consenso general de privar (a los mercenarios) del estatuto de combatiente legítimo" (61).

No basta con que un conflicto armado sea de carácter internacional para que, automáticamente, se aplique todo el acervo estatutario de prisionero de guerra, es necesario que se cumplan ciertos requisitos. En lo referente a los mercenarios el *status* jurídico-humanitario viene determinado en lo tocante al conflicto armado internacional, por los artículos 1 y 2 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anejo al IV Convenio de La Haya de 18 de Octubre de 1907; por el artículo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949 (62) y también será aplicable la cláusula Martens (63)

(58) *Ibidem*, p. 22.

(59) DAVID, E.: *Op. cit.* p. 523. Vid. *Droit Humanitaire et conflits armés*. Colloque de l'Université Libre de Bruxelles, p. 126. TERCINET, J.: *Op. cit.*

(60) FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Op. cit.* p. 310.

(61) *Ibidem*, p. 309.

(62) B.O.E. de 5 de septiembre de 1952. Instrumento de ratificación depositado en Berna el 4 de agosto de 1952, B.O.E. n.º 249.

(63) Dice así esta cláusula: "en virtud de los principios del derecho de gentes tales y como resultan de los establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" se encuentra recogida en los artículos 63 *in fine* del I Convenio; en el 62 *in fine* del II; en el 142 *in fine* del III; y el 158 de IV, reafirmandose en el párrafo 2º del artículo 1 del Protocolo I.

y el artículo 75 del Protocolo I de 1977 (Garantías fundamentales) y en el marco de los conflictos armados internos, es decir que no revisten un carácter internacional, intervienen los artículos 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, así como los artículos 4 a 6 del Protocolo II que constituye el Título II y cuya rúbrica es "Trato Humano", además, y en última instancia también entraría en juego la cláusula Martens (64).

El actual artículo 75 del Protocolo I, que es uno de los más importantes de este cuerpo legal, ya que establece las normas mínimas del trato humanitario que debe otorgarse a las personas que no tienen derecho a un trato más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo, fue objeto de 13 enmiendas (65) formales y muchas más propuestas oficiosas dentro del Grupo de Trabajo (66).

La tarea del Grupo de Trabajo se vió facilitada por la labor (bajo la dirección del Delegado de Bélgica en colaboración con los de Suiza y Países Bajos) algo semejante realizada durante el Tercer Periodo de Sesiones por la Comisión I con respecto al Protocolo II y a efectos de redacción de este artículo 75, el Grupo de Trabajo adoptó los textos de las partes del artículo 6 y 10 del Protocolo II, que decidió incluir en el artículo 65 del proyecto de protocolo, que, a su vez, planteaba la cuestión de saber si estas protecciones se extenderían a los nacionales de una de las Partes; una vez que se llegó a una transacción, el Grupo de Trabajo aprobó rápidamente el artículo (67).

En las explicaciones de voto que tuvieron lugar a lo largo de la 57ª Sesión, existieron posturas muy encontradas acerca de si estas garantías eran aplicables o no a los mercenarios, pronunciándose, abiertamente, en contra Nigeria, cuyo Delegado, el Sr. Akporode Clark, señalaba "que no habrán de ser considerados en el futuro, como combatientes y, por lo tanto, no

(64) Recogida en el último párrafo del Preámbulo del Protocolo Adicional II. Vid. SALMON, J.J.: "Le statut de combattant légitime dans les guerres de libération nationale". *R.B.D.I.*, 1977; *IDEM*: "La Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire et les guerres de libération nationale", *R.B.D.I.*, vol. XIII, 1977/1; PICTET, J.: *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*. C.I.C.R., Gênevê, 1958; ABI-SAAB, G.: "Les mecanismes de mise en oeuvre du droit humanitaire", *R.G.D.I.P.*, T. 82/1978/1.

(65) Estas enmiendas formales eran las siguientes: CDDH/III/305; CDDH/III/307; CDDH/III/308; CDDH/III/310; CDDH/III/311; CDDH/III/312; CDDH/III/314; CDDH/III/315 y Add. 1; CDDH/III/316; CDDH/III/317; CDDH/III/318; CDDH/III/319 y CDDH/III/320.

(66) En el proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios, presentado por el C.I.C.R. dentro del Título IV (Población civil) Sección III (Trato a las personas en poder de una parte en conflicto) Capítulo I (Ambito de aplicación y protección de las personas y bienes) se recogían las garantías fundamentales en el artículo 65 que constaban de 5 apartados, en el párrafo 1º se establecía "las personas que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, a saber, los súbditos de los Estados que no sean partes en los Convenios y los propios súbditos de las partes en conflicto, seran tratadas en todas las circunstancias con humanidad por la parte en cuyo poder se encuentren, sin ninguna distinción de indole desfavorable. El presente artículo se aplica igualmente a las personas que se encuentren en las situaciones previstas en el artículo 5 del IV Convenio. *Proyecto de Protocolos Adicionales*. Ginebra, Junio 1973.

(67) El artículo 75 (garantías fundamentales) fue aprobado por consenso en esta 57ª Sesión celebrada el 29 de abril de 1977, en los idiomas ruso, inglés, francés, español y árabe.

gozarán de los derechos reconocidos a un combatiente o a un prisionero de guerra" (68) y la Delegación de Rumanía en voz de su Delegado, Sr. Vasie Cretu (69), Madagascar (70), Mali (71), la República Socialista Soviética de Ucrania, cuyo Delegado el Sr. Mikhaïl Belousov "pedía el castigo de los mercenarios como *criminales*" (72), República Socialista Soviética de Bielorrusia (73) y por el Observador de la Unión Popular Africana de Zimbabwe (74).

Las Delegaciones Occidentales se mantuvieron firmes y tenaces en su postura indulgente y humanitaria, como Suiza, cuyo Delegado, el Sr. Eugène Denereaz manifestaba "nuestro pesar por no haber sido más indulgente con los mercenarios, atendiendo a los principios del derecho humanitario, lo cual constituye la única preocupación de la Conferencia" (75) manifestándose en esta misma línea Suecia (76), el Reino Unido (77), Colombia (78), Irlanda (79), Argentina (80), Estados Unidos (81), e Italia (82).

En suma, aunque nada dice el precepto en cuestión de su aplicación a los mercenarios, el sentir general es que recibirían las normas mínimas de trato de las personas que, de conformidad con los Convenios y el Protocolo, no tengan derecho a un trato más favorable, ya que como señalan FURET, MARTINEZ y DORANDEU "la *protection minimum du droit humanitaire s'applique à toute personne détenu, fut-elle mercenaire. Le champ d'application du droit de Genève connaît un élargissement*" (83).

No ofrece duda alguna la rotunda negativa de que los mercenarios gocen del estatuto privilegiado del combatiente o del prisionero de guerra, pese a lo cual sería defendible, en términos jurídicos-humanitarios, la presunción que el régimen mínimo de protección humanitaria del artículo 75 del Protocolo Adicional I (garantías fundamentales) cubre también a los mercenarios dada la vigencia absoluta de este precepto, no cabiendo en el marco del mismo acepción de personas.

(68) CDDH/III/SR-57, p. 16.

(69) *Ibidem*, p. 29.

(70) En voz de su Delegado Sr. Henry Rabary-Ndrano: CDDH/III/SR-57, p. 46.

(71) En voz de su Delegado Sr. Abdaramanu Doumbia: CDDH/III/SR-57, p. 51.

(72) CDDH/III/SR-33-36, p. 56.

(73) En voz de su Delegado Sr. Vadim I. Loukianoritch: CDDH/III/SR-33-36.

(74) En voz del Observador Sr. Isaac Nyathi: CDDH/III/SR-33-36, p. 14.

(75) CDDH/III/SR-57, p. 40. Intervención del 29 de abril de 1977.

(76) *Ibidem*, p. 57. En voz de su Delegado Sr. Torgil Wullff.

(77) *Ibidem*, p. 26. En voz de su Delegado Sir David Hughes-Morgan.

(78) *Ibidem*, p. 57. En voz de su Delegada la Sra. Angela Herrán.

(79) En voz de su Delegado Sr. Michael N. Gill. CDDH/III/SR-57, p. 43.

(80) En voz de su Delegado Sr. Octaviano A. Saracho. CDDH/III/SR-57, p. 42.

(81) En voz de su Delegado Sr. James R. Miles. CDDH/III/SR-57, p. 53.

(82) En voz de su Delegado Sr. Giuseppe Barile. CDDH/III/SR-57, p. 23.

(83) FURET, M.F., MARTINEZ, J.C., DORANDEU, H.: *La guerre et le droit*. Ed. A/Pedone, Paris, 1979, p. 162.

#### IV. LA CONDENA INTERNACIONAL

La práctica cada vez más frecuente de utilizar mercenarios en intervenciones encubiertas en contra de Estados o de movimientos de liberación nacional no podía suscitar más reprobación y condena. Se ha deplorado el hecho, fácilmente constatable, por otra parte, que la opinión pública internacional esté sensibilizada por las agresiones armadas de mercenarios "auténtico factor de desestabilización de las relaciones internacionales" (84). Si bien el recurso al mercenariado es *per se* condenable cuando constituya una amenaza a las luchas contra el colonialismo y el *apartheid* (85) las distintas resoluciones de la ONU y de la OUA con motivo de los sucesos del Congo, no condenaban formalmente al mercenario sino que se limitaban, *tout court*, a solicitar a los Estados que impidan el reclutamiento en sus territorios. Esta situación cambia con la R/2465 (XXII) de 20 de diciembre de 1968, en la que se condena frontalmente el mercenariado y calificando su uso contra movimientos liberatorios como un *acto criminal* (86). La célebre R/2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 en su párrafo 8º del Principio I (Los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza) proclama "el deber que tiene todo Estado de abstenerse, de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado". La conocida R/3103 (XXVIII) de 12 de diciembre señala en su punto 5º "que el uso de mercenarios por los regímenes coloniales y racistas contra los movimientos de liberación nacional es un *acto criminal* y por ende, los mercenarios deben ser castigados como *criminales* (87). Y, la R/3314 (XXXIX) de 14 de diciembre, definidora de la agresión en su artículo 3, apto. g) "caracteriza como agresión el envío de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para llevar a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado y la R/31/146, de 20 de diciembre de 1976, relativa a Namibia, se decanta en este sentido y la R/37/233 en sus aptos. A y B, tras señalar que los intentos de

(84) Declaración del representante de Mali en la reunión del Consejo de Seguridad con motivo de la agresión a Benin por fuerzas mercenarias el 16 de enero de 1977. *ONU. Crónica Mensual*. Marzo 1977, p. 5.

(85) Afirma PEREZ GONZALEZ "que el examen de la práctica en el seno de la propia ONU ha llevado a la Comisión de Dcho. Internacional a incluir dentro de la categoría de crímenes y delitos internacionales supuestos como el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial o discriminación racial absoluta o de una política de *apartheid* "El acto ilícito internacional. Cap. XXXVII. *Instituciones de D. Internacional*. T.I, 1982, 6ª Ed. p. 482. Vid. *IDEM*: "Sobre la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales: Datos jurídicos-políticos". *R. Facultad de Dcho. de la Universidad Complutense*. Vol. XV.

(86) Esta calificación se repite en R/2548(XXIV) de 11 de diciembre 1969; 2808(XXV) de 1980; 31/34 de 1976; 31/146 de 1976; 31/154-A de 1976, y la 35/35-A de 14 de noviembre de 1980.

(87) Esta R/ fue aprobada por 83 votos a favor 19 en contra y 19 abstenciones, estaba patrocinada por Afganistán; Argelia; Bulgaria; Burundi; Congo; Chad; Checoslovaquia; Dahomey; Egipto; Madagascar; Malí; Marruecos; Mongolia; Niger; República Socialista Soviética de Ucrania; Sudán; Yugoslavia; Zaire y Zambia. También la OUA condenó repetidas veces la figura del mercenario: Vid. Déclaration sur les activités des... *cit*.

Sudáfrica por anexionarse Walbis Bay son “ilegales, nulos y sin validez” y después de condenar “el sistemático saqueo de las riquezas naturales del Territorio “hace un llamamiento” para que se adopten medidas para evitar el reclutamiento, entrenamiento y tránsito de mercenarios para la prestación de servicios en Namibia” (88).

La AGNU incluyó en su programa provisional de 1980 un tema titulado “Redacción de una Convención internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios”. En el Preámbulo de la Resolución, éste órgano principal de las N.U. expresó su preocupación más profunda en vista de la creciente amenaza para todos los Estados, representada por las actividades de los mercenarios y, concretamente, para los Estados africanos, lamentando el uso de éstos mercenarios para “el derrocamiento de Gobiernos y para combatir a los movimientos de liberación nacional de los pueblos que luchan contra dominación colonial, y los regímenes en el ejercicio de su derecho a la libre determinación” (89).

Al presentarse el tema, la Delegación de Nigeria puso de manifiesto “la despreciable práctica de emplear mercenarios para imponer el poder colonial; para fortalecer la posición de los intereses extranjeros económicos y otros, o para apoyar a regímenes y constituciones no representativas” (90). Tras hacer referencia a varios acontecimientos sucedidos en Benin, Rwanda o Seychelles que fueron *invadidos por una pandilla de mercenarios blancos* (91) el Delegado nigeriano declaró “que el mercenarismo es, indudablemente un ejemplo notorio del terrorismo internacional. Los atroces crímenes cometidos por los mercenarios contra los pueblos y territorios, estaban destinados no solo a robar e intimidar, sino también a destruir las libertades e independencias difícilmente ganadas, por eso los mercenarios constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales” (92) “como el asesinato, la piratería y el genocidio, el uso de mercenarios es un crimen de *lesa humanidad* (93). Por lo anterior pide el delegado nigeriano una convención internacional para prohibir las actividades de los mercenarios, crímenes de *lesa humanidad* (94), palabras éstas que recibieron la aprobación de Egipto, Togo, Barbados y Zaire (95). En las explicaciones de voto, Estados Unidos manifestó sus reservas a algunas disposiciones, en particular” a los párrafos

(88) La Parte A: “Situación imperante en Namibia como consecuencia de la ocupación ilegal del Territorio por Sudáfrica” se aprobó por 120 votos contra ninguno y 23 abstenciones y la Parte B “Aplicación de la R/435” se aprobó por 129 votos contra ninguno y 17 abstenciones.

(89) Esta resolución estaba patrocinada por Angola; Barbados; Benin; Congo; Ghana; Guinea; India; Jamaica; Lesotho; Madagascar; Mali; Mauricio; Mozambique; Niger; Nigeria; Panamá; Rwanda; Sto. Tomás y Príncipe; Seychelles; Sierra Leona; Togo; Yugoslavia; Zaire y Zambia. Con motivo de este pretense Convenio la AGNU encareció a los Estados que tomasen medidas efectivas para prohibir la reunión, reclutamiento, y entrenamiento de mercenarios.

(90) ONU. *Crónica Mensual*. Vol. XVII. Marzo 1980, p. 72.

(91) *Ibidem*.

(92) *Ibidem*.

(93) *Ibidem*, p. 56.

(94) *Loc. cit.*

(95) *Ibidem*.

del Preambulo de las relaciones de los mercenarios y los movimientos de liberación nacional, aunque no se iba a oponer a las negociaciones para lograr una convención "sobre este difícil tema" (96). Francia, finalmente, formuló, asimismo, sus reservas relativas al Preambulo "aunque reconocemos que el uso de mercenarios es un *crimen de lesa humanidad*" (97).

## V. CONCLUSIONES

Diversas consideraciones pueden hacerse, desde una óptica jurídico-formal, con respecto a los apasionados debates y radicalización de posturas surgidas en el marco de la Conferencia Diplomática y que, en última instancia, no hacen más que reflejar y transmitir una acusada sensibilidad de la Comunidad internacional en esta materia:

1.º No ofrece duda alguna la rotunda negativa de que los mercenarios gocen del estatuto de combatiente o prisionero de guerra, pese a lo cual, sería defendible, en términos jurídico-humanitarios, la presunción que el régimen mínimo de protección humanitaria del artículo 75 (garantías fundamentales) del Protocolo Adicional I cubre también a los mercenarios dada la vigencia absoluta de este precepto, *no cabiendo, en el marco del mismo, acepciones de personas*.

2.º Como ya habían puesto de relieve varios Delegados, en sus respectivas intervenciones en el seno de la Conferencia Diplomática, en la práctica, será muy difícil probar que el mercenario recibe una remuneración superior a la abonada a los combatientes que ostentan grado, empleo y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte en el conflicto.

3.º El factor común de las múltiples resoluciones de las Naciones Unidas referentes a la descolonización es que la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional –en su natural vertiente anti-colonial– es un *acto criminal* y por ende, los mercenarios son unos *criminales fuera de la ley* y es, precisamente, en este contexto colonial, en la lucha de los pueblos para ejercer su derecho a disponer de si mismo, el emplear mercenarios contra estos movimientos liberatorios es lo que hace ilícito su uso, llegando, incluso, a acarrear *responsabilidad internacional* el reclutar y utilizar mercenarios si es uno de los modos a través de los cuales se manifiesta el sostenimiento, por la fuerza de una dominación colonial, siendo, además el uso de ésta práctica incompatible con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, constituyendo un *acto de agresión*, en el sentido de la Resolución, ya indicada, de la Organización de las Naciones Unidas.

(96) *Ibidem*.

(97) *Ibidem*.

## REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE CASAS MILITARES EN EL RAMO DEL AIRE

Rafael RUIZ MANTECA

*Comandante Auditor*

*Abogado del Ilustre Colegio de Madrid*

Antonio Rafael HERNANDEZ OLIVENCIA

*Teniente Auditor*

*Profs. de la Academia General del Aire*

### SUMARIO

EL ARRENDAMIENTO DE CASAS MILITARES.- NORMA-  
TIVA APLICABLE AL CONTRATO.- ELEMENTOS SUB-  
JETIVOS.- ELEMENTOS OBJETIVOS.- ELEMENTOS FOR-  
MALES.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO.- EL DESAHUCIO.-  
JURISDICCIÓN.

Los Patronatos de Casas Militares, su actuación, la función que desarrollan, están continuamente en boca de quienes pertenecemos a los Ejércitos. La razón no es otra que la inmediatez de la relación que nos une con ellos, al estar la actividad que tienen encomendada directamente relacionada con una de las necesidades primarias que como personas tenemos: la vivienda.

Las páginas que a continuación siguen contienen una aproximación al cauce o instrumento jurídico puesto a disposición del patronato de Casas del Aire para desempeñar su tarea: el contrato de arrendamiento de Casas Militares. Las referencias que a lo largo del trabajo se hacen a "Casas Militares" se entienden a las del Ramo del Aire. El afán por agilizar la exposición aconseja esta terminología. Deshacemos con la salvedad que hacemos la eventual confusión a que pudiera llevar el hecho de denominarse así también a las del Ejército de Tierra, a las que no va directamente orientada la exposición. Junto a inevitables planteamientos técnicos, también se contienen en estas páginas muchos de los interrogantes que con frecuencia se plantean en el orden práctico en relación con estos asuntos, así como las soluciones que, según creemos, debe darseles.

En una época en la que está cuestionada, no ya la actuación de los Patronatos, al abundar las situaciones que se desvían de la finalidad inicialmente prevista con las Casas Militares, sino incluso la supervivencia y continuidad de aquéllos, quizás venga bien el presente trabajo, llevado a cabo ante la inexistencia de estudios precedentes, y con la intención de poner luz en un campo intrincado y de tránsito dificultoso, como es el de la normativa que rige y la actuación que desempeña el Patronato de Casas de Aire.

## EL ARRENDAMIENTO DE CASAS MILITARES

En el arrendamiento de Casas Militares concurren circunstancias ciertamente complejas que dificultan la inteligencia de la naturaleza jurídica de la institución. Supone el goce de un bien inmueble, por precio cierto y tiempo indeterminado pero determinable. Es ésto lo único en el contrato que aparece como indudable.

Según pretendemos demostrar con este trabajo, el Patronato de Casas del Aire es una entidad estatal autónoma, que se dedica a la prestación de un servicio público, cual es el de proporcionar a determinado colectivo de personas viviendas en régimen de arrendamiento especial, empleando para ello tanto los bienes de su exclusiva propiedad como aquellos que le sean cedidos por el Estado u otras administraciones públicas, de los que no puede disponer libremente, sino que quedan sometidos: primero, al cumplimiento de los fines señalados por la Ley; segundo, a su propio régimen jurídico. El aspecto principal que hemos considerado, pues de él deriva la lógica del sistema y su recta comprensión, es la calificación del contrato como de carácter administrativo.

Así, junto a los contratos administrativos por excelencia (obras, gestión de servicios públicos y suministro), la Ley de Contratos del Estado, en su art. 4-2, señala otros "innominados", que tendrán carácter administrativo "por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato". Para ser calificado como administrativo basta con que concorra una de estas circunstancias.

Respecto a la primera ("por declararlo así una Ley"), la Ley 110/1966 que reorganiza el Patronato de Casas del Ramo del Aire, nada dice ni de forma expresa ni con otros términos de los que pudiera deducirse. Tan sólo califica de "especial" el arrendamiento de viviendas que constituye el fin propio y directo del Patronato. Pero eso no basta para calificarlo de administrativo. Tampoco se expresa abiertamente el Reglamento en este sentido, aunque sí que se trasluce con claridad el carácter administrativo por lo exorbitante de las atribuciones que se confiere al Consejo Directivo y Gerencia. Sin embargo, el Consejo de Estado, al dictaminar el proyecto del REC, en

su dictamen de 15 de Junio de 1967 decía que "es muy dudoso que pueda la administración autorizada por un Reglamento, determinar el ordenamiento jurídico aplicable, porque existe toda una articulación del Código Civil que no puede ser modificada ni suprimida por declaración administrativa".

Menos problema representa la directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público, ya que la cesión de viviendas en arrendamiento especial es, no sólo una actividad comprendida en el giro o tráfico de la administración que contrata, sino un fin propio, directo y esencial de su actividad de prestación del servicio público, como determina la citada Ley 110/1960, en su art. segundo.

El tercer caso ("cuando revista especiales características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato"), es más dudoso que pudiera bastar por sí misma para calificarlo como administrativo, pues los mismos resultados que pretende toda la regulación específica de las Casas Militares puede obtenerse tras las últimas reformas legales, con el régimen común y los procedimientos judiciales.

Las consecuencias más inmediatas que se derivan del carácter administrativo del contrato, en el orden práctico, son:

1. Que la actuación del Patronato estará integrada por actos administrativos, y contra ellos podrán interponerse, en su caso, los recursos administrativos que procedan.

2. Que la jurisdicción competente será la contenciosa, pues si el contrato se hubiera entendido como privado, se habrían calificado como "actos separables" la entrega de la casa y el régimen sustantivo del contrato, sometándose respectivamente a la jurisdicción contenciosa y a la civil.

3. Que la Administración, en el ejercicio de la autotutela que le permiten las leyes, podrá desahuciar al inquilino, a través del procedimiento regulado en la Orden de 8 de febrero de 1975, n° 376/75, que más adelante expondremos, sin que contra sus actos pueda el inquilino interponer interdictos, mientras obre dentro de la Ley.

4. Siendo los bienes del Patronato de carácter patrimonial, podrá éste utilizar el "*interdictum proprium*", esto es, la facultad de reivindicar por sí mismo sus bienes patrimoniales a través del expediente administrativo de desahucio que citamos, siempre que el inquilino no haya continuado en la posesión de la casa durante más de un año desde el momento en que decayó su derecho a disfrutarla. Dándose este caso, el Patronato deberá necesariamente acudir al procedimiento judicial establecido en las leyes comunes y frente a los tribunales civiles, sin perjuicio de matizaciones que posteriormente haremos.

Es ésta una materia que participa del Derecho Público y del Privado, lo que dificulta en gran medida la claridad de las normas en lo que a su número y aplicación se refiere. De entre ellas, tomaremos únicamente aquellas que afectan a nuestros fines:

1. El Patronato, como organismo autónomo que és, se rige por la Ley de 26 de diciembre de 1958, clasificado como tal por el Decreto 1097/1977, de 1 de abril, y dependiente de la Dirección General de Personal de la subsecretaría de Defensa, según Real Decreto de 25 de enero de 1984.

2. Su organización se regula por la Ley 110/1966, de 28 de diciembre, cuyo Reglamento fue aprobado por Decreto 3264/1970, de 29 de octubre.

3. Para su adjudicación y uso se atenderá al Reglamento aprobado por Orden de 15 de agosto de 1949, con las modificaciones siguientes:

- Art. 4º, redactado por la Orden de 21 de junio de 1977.
- Art. 29, redactado por el Orden de 22 de marzo de 1976.
- Art. 30, redactado por la Orden de 8 de febrero de 1975.

4. Y, finalmente, en lo que se refiere al desahucio:

- Si obedece a las causas generales de su legislación específica, se seguirá el procedimiento de la Orden de 8 de febrero de 1975, nº 376/1975.

- El art. 56 del Reglamento de 29 de octubre de 1970, dio entrada a las causas de resolución contempladas por el art. 138 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, señalándose asimismo un procedimiento especial, aún cuando este último Reglamento ha sido derogado en este punto por el vigente Texto Refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, en su art. 30.

- La Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964. Destacamos la contradicción existente entre el art. 55 del Reglamento de Casas Militares con el art. 30 del Texto Refundido citado. Afirma el primero que "los preceptos de las disposiciones sobre arrendamientos de fincas urbanas no serán de aplicación a las viviendas del Ramo del Aire, por estar sometidas a régimen especial". El mencionado art. 30, a su vez, señala que "los propietarios de las VPO podrán promover el desahucio de los beneficiarios, arrendatarios u ocupantes de estas viviendas por las mismas causas y con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación común", esto es, la Ley de Arrendamientos Urbanos que, a su vez, en el art. 2, párrafo 3º excluye de su ámbito "el uso de las viviendas y locales que los funcionarios tuvierén asignados por razón del cargo que desempeñaren o del servicio que presten". Nótese que las primeras son las denominadas "Casas de Cargo", como, por ejemplo, la que corresponde al Jefe de la Unidad, mientras que las segundas son las asignadas al resto de las personas a quienes las normas reguladoras de las Casas Militares reconocen éste derecho. Así, el art. 2º de la Ley 110/1966 señala como fines propios del Patronato, entre

otros, la cesión en régimen de “arrendamiento especial” (y tiene toda una normativa que se encarga de destacar en qué consiste su especialidad) al personal que “preste servicio” en los organismos y situaciones que se determinan y que veremos.

Es ésta, sin embargo, una contradicción a la que una estrecha interpretación gramatical podría convertir en irreductible, pero que en relación con el contexto y finalidad de la Ley, se nos revela más aparente que real. En efecto, se pretende fortalecer al máximo la posición del Patronato frente al arrendatario de tal manera que éste no pueda gozar de más ventajas que las inherentes a su condición estatutaria, no extensivas al propósito protector que subyace en la LAU. Se agilizan con ello la transmisión de viviendas, adscribiéndola a un fin determinado: el alojamiento del funcionario y su familia en el lugar de destino. Por tanto, se observa una tendencia a ampliar las causas de resolución y a limitar aquellas prerrogativas del inquilino Militar, dificultando la transmisión a otras personas con derecho a ella, y posibilitando la tan buscada plena ocupación. Otro tipo de interpretación podría conducirnos a desvirtuar el contrato, desviándolo hacia fines distintos de aquellos que por naturaleza le son propios.

En otro orden de cosas, puntualizar que la LAU no es fuente del derecho en materia de Casas militares, sino derecho supletorio, pues la naturaleza jurídico privada de aquella no cambia al regular esta materia, propia del Derecho público.

## ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO

Los elementos subjetivos son dos: el arrendador -Patronato- y el arrendatario. Destacamos que en los nuevos modelos de contratos redactados por la Gerencia del Patronato se ha suprimido el término arrendatario, empleando en su lugar el de usuario. La finalidad no es otra que la de reforzar la dimensión de servicio público que en el presente trabajo defendemos, sin que ello modifique en absoluto su régimen ni la normativa aplicable, la cual sigue hablando de arrendatario.

En relación con el arrendador, la Ley 110/1966 lo califica como organismo autónomo, dependiente del Ministerio del Aire (que ha pasado a ser de Defensa, como ya hemos indicado). Las consecuencias que de ello se extraen son:

1. Personalidad jurídica propia, independiente de la del Estado, con lo que se designa a un sujeto capaz de tener derechos y obligaciones. Fruto de la personalidad es la capacidad, y en ésta hemos de distinguir entre la de Derecho, que vendrá dada por la propia Ley constitutiva del ente autónomo y la de obrar que, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, se divide en pública y privada: la primera le permitirá tomar decisiones unilateralmente e imponerlas a los inquilinos, y privada, que le situará en plano de

igualdad en determinados aspectos del contrato, por lo que se verá sometida en lo que así proceda, al Derecho común.

Sin embargo, como consecuencia de su condición de persona jurídica, es incapaz de obrar por sí misma, y precisa de la asistencia de personas físicas, cuyos actos, por vía de representación, valdrán como realizados por el propio Patronato. De este modo, la plena personalidad jurídica y la más amplia capacidad legal se reconocen al Patronato como entidad distinta y superior al mero agregado de las personas y bienes que lo constituyen. Pero el Patronato, incapaz de obrar por naturaleza, precisa hacerlo a través del Consejo Directivo, Gerencia, Delegaciones y Representaciones del Patronato.

Corresponde entonces al Consejo Directivo "reclamar en juicio y fuera de él, ante los Tribunales, Corporaciones, Autoridades o particulares, los bienes, derechos y acciones pertenecientes al Patronato". Siendo que el Consejo es igualmente incapaz de actuar en forma material, como lo son todos los órganos colegiados, corresponderá al Presidente del Consejo Directivo la representación del Patronato, pudiéndose delegar en alguno o algunos de los miembros del Consejo las facultades o atribuciones que correspondan a éste y se estime conveniente para su buena administración.

Se advierte de la regulación y reparto de atribuciones entre los miembros del Consejo y el Gerente, una posición prevalente a éste en orden a recibir la delegación. Primero por la específica mención que hace del Gerente y sólo de él, en caso de reclamación de bienes y acciones del Patronato, frente a la delegación que hace alternativamente a favor de alguno o algunos de los miembros del Consejo o del Gerente. Segundo, porque se atribuyen al Gerente en concreto las funciones de adjudicar viviendas y otorgar contratos cuando no se lo reserve el Consejo, y de exigir el cumplimiento de cualquier obligación contraída a favor del Patronato. Tercero, por el antiguo principio jurídico según el cual, a quien se ha reconocido capacidad de obrar para un determinado acto o negocio se le reconoce igual capacidad procesal, principio que sólo conoce de muy marcadas excepciones.

Este es un planteamiento que tiene más de dogmático que de práctico, pues además de acabar resolviéndose siempre a través de un pronunciamiento expreso, es acto discrecional.

Siendo que nada se señala expresamente, en ningún caso cabe la subdelegación, y sí la representación, que pueden ostentar las Delegaciones cuando se les confiera.

La representación y defensa del Patronato en juicio estará a cargo del Abogado del Estado.

2. Autonomía administrativa, una de cuyas manifestaciones es la de tener su propio personal, retribuido con cargo a los presupuestos del mismo Patronato.

3. Patrimonio propio. Es esencial a los órganos autónomos el tener un patrimonio propio independiente del patrimonio del Estado. Así lo afirma el art. 2 de la LEEA. El art. 8 de la Ley 110/1966 indica que los recursos

del Patronato estarán constituidos por: a) Las rentas de su propio patrimonio y de los inmuebles y terrenos que le sean cedidos o adscritos para el cumplimiento de sus fines; b) El importe de las subvenciones que figuren en su favor en los Presupuestos del Estado y, en particular, del Ministerio de Defensa; c) Las cesiones, subvenciones, anticipos, legados y donaciones del Estado, Provincia, Municipio, de otras entidades de Derecho público o de sociedades y particulares; d) los demás ingresos derivados de las actividades detalladas en el art. 3º. También el Reglamento de 1949 señala que el Patronato disfruta la plena propiedad de los edificios que construya, adquiera, le hayan sido cedidos o le ceda o traspase el Ministerio de Defensa.

Pero también puede llegarse al mismo o parecido resultado deduciéndolo del texto de ciertos otros artículos. Así, la Ley 110/1966 otorga al Patronato "la más amplia capacidad legal para ... adquirir, enajenar y arrendar edificios, locales y terrenos". La más amplia capacidad legal no la tiene más que el propietario.

Además, sobre sus bienes hay que distinguir los propios de los cedidos. Los primeros podrán ser adquiridos con otros bienes de su patrimonio, por ejemplo, con los precios de los arrendamientos y con las dotaciones presupuestarias, bienes que son privativos del Patronato, pero destinados a un servicio público, cual es el de proporcionar viviendas en régimen de arrendamiento especial a quienes el Reglamento reconozca tal derecho. Sobre ellos podrá disponer, en principio, según cuál sea su conveniencia.

En relación con los bienes cedidos, el art. 10 de la LEEA dice que "los bienes que el Estado adscriba a los organismos autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria", esto es, que seguirán siendo de dominio público o privado según lo fueran al tiempo de la cesión, pero en cualquier caso, y aun cuando estuvieran antes destinados a un uso público o privativo, pasarán a cubrir un servicio público. "Los organismos que reciban dichos bienes -añade el art. 10- no adquieren su propiedad, y los habrán de utilizar exclusivamente para el cumplimiento de sus fines, bien en forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o frutos". Resulta más coherente con el propio artículo, más que negar que adquiera la propiedad, el admitir que recibe una propiedad sometida a condición resolutoria, e incluso podría hablarse de una propiedad fiduciaria.

El segundo inciso del artículo parece especialmente importantes por los siguientes motivos:

1.º Porque crea una profunda división en su patrimonio: por una parte, bienes cedidos, sobre los que tiene una titularidad limitada, por otra, bienes en propiedad plena.

2.º Porque "a sensu contrario", los bienes que no provengan de cesión estatal podría pensarse en la posibilidad de emplearlos en fines distintos a los que le son propios (tal vez en arrendamientos urbanos ordinarios). Sin embargo, no parece viable, pues, a tenor del art. 7 de la LEEA, "los organismos autónomos no podrán realizar funciones que no les están expresa-

mente asignadas en sus disposiciones fundacionales o en las que en lo sucesivo se dicten para modificarlas, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de las que constituyen el objeto que los mismos tengan asignado por dichas disposiciones”, lo que no es más que el reflejo de la teoría general de la capacidad jurídica de los entes públicos, de los que se habla de “adherencia al fin”, en palabras de García de Enterría, pues la persona jurídico pública es una organización teleológicamente delimitada a la realización de fines concretos: más allá de sus fines no hay capacidad, y el acto no es válido, ni en lo público, ni como acto privado.

4. Finalmente, que los actos que dicte el Patronato en el ejercicio de su poder administrativo, serán actos administrativos, susceptibles de recurso administrativo.

El segundo elemento subjetivo del arrendamiento es el del arrendatario-usuario

Si admitimos la actividad del Patronato como de prestación de un servicio público, la consecuencia necesaria es la calificación del inquilino como usuario del mismo. Sin embargo, ambos términos no deben inducirnos a pensar que de la existencia de un servicio público se infiera necesariamente el sometimiento al Derecho público de todas sus esferas, sino que, por el contrario, su naturaleza admite que dicha actividad no constituya un monopolio de la Administración o incluso que se someta a régimen jurídico privado. De ahí que la relación con los usuarios sea a la vez estatutaria y contractual: lo primero se dará en aquellos casos de *gestión directa* a través de la figura del servicio público personificado, una de cuyas formas es la del organismo autónomo, que se somete a derecho público, y será contractual en los casos de *gestión indirecta* (a través de concesionario y sometido al régimen privado). Siendo que nos encontramos en el primero de los casos, prevalece su naturaleza estatutaria. Las consecuencias son:

1. Hay un derecho al ofrecimiento y ocupación de aquellas viviendas ya *construidas, que no se hallaren a su vez ocupadas*, lo que es evidente.

Pero sólo a través de un generoso juego interpretativo podría defenderse el derecho del personal a la construcción de viviendas en una determinada localidad. Y aun así, la conclusión final distaría mucho de ser defendible satisfactoriamente.

Aparece clara la obligación del Patronato de destinar a la construcción de viviendas aquellas cantidades recibidas de los Presupuestos Generales del Estado para éste fin, pues lo contrario sería una desviación de los fondos a fines distintos, que daría lugar a responsabilidad de los gestores del presupuesto. Pero que la construcción de viviendas haya de realizarse en una localidad determinada, y ello pueda ser exigido por los potenciales usuarios que reúnan los requisitos exigidos para ocuparla, es, en verdad, difícil. Argumentos a su favor podrían ser:

1.º Que la Ley 110/1966 señala como fines propios y directos de la actividad del Patronato: “a) La promoción, construcción, adquisición, adjudica-

ción, entretenimiento y administración de viviendas en régimen de arrendamiento especial... b) Cuantas actividades conduzcan a la mejor solución del problema del alojamiento del personal del ramo". Sus fines, por tanto, son los señalados, pero no el de proporcionar Casa Militar a cuantos militares y personas con derecho a ello residan en una determinada localidad.

Algo más allá va el art. 2 del Reglamento cuando señala que tendrán como fines propios y esenciales de actividad proporcionar viviendas en régimen de arrendamiento especial...". Tampoco de él se deduce nada concluyente, lo que no es más que una prueba de la falta en nuestro ordenamiento de un derecho subjetivo a exigir el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos, pues incluso en el caso de los servicios públicos necesarios, la obligación de prestarlos nace de un concreto mandato legal.

2.º También podría emplearse el vago principio de la interdicción a la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9-3 de la Constitución, que ha hecho decir a parte de la doctrina que se han suprimido los actos discrecionales ("los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"), y al que se suele replicar que lo que del mismo se induce es una "interdicción a la arbitrariedad", pero que en modo alguno ha sometido al Derecho positivo cuantos actos emanen de la Administración, pues algunos actos, como el que nos ocupa, se resisten por naturaleza a concreta y exhaustiva reglamentación.

Asimismo, según el art. 47 de la Constitución, se reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y el deber de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Nótese que se habla del derecho al disfrute de una vivienda digna, sin hacer referencia al título que legitime para ello.

Cuestión distinta es cuando el servicio está ya organizado y en funcionamiento, en cuyo caso los sujetos designados en la normativa específica del Patronato tienen derecho a usarlo, condicionado:

1. A que el usuario cumpla las normas generales de su uso.
2. Que reuna las condiciones personales exigidas.
3. Que el servicio sea capaz de realizar las prestaciones solicitadas, en nuestro caso, que haya casas militares de la categoría correspondiente y para todos los solicitantes.

El usuario, por su parte, queda sometido a la reglamentación del servicio y está obligado al pago del mismo.

Según el art. 2 del Reglamento, son o pueden ser arrendatarios:

- a. El personal militar del Ejército del Aire, en las situaciones que señalen las instrucciones para el régimen y adjudicación de viviendas y locales del Patronato.
- b. El personal civil funcionario público del Ministerio del Aire (Defensa), que preste servicio activo en el mismo o en sus órganos autónomos.
- c. El personal civil contratado, dependiente de los establecimientos mili-

tares del Aire, que ostente el carácter de fijo mientras preste sus trabajos en los mismos.

La cuestión de las situaciones militares y del disfrute a vivienda, por *conveniencias en la exposición las trataremos entre las causas de resolución del contrato.*

Cabría preguntarse igualmente porqué pueden ser arrendatarios los funcionarios civiles y el personal contratado, siendo así que no concurren en ellos las circunstancias de movilidad que siempre se han aducido para justificar la existencia de casas militares. La contemplación en la Ley de estos supuestos reconduce la cuestión al campo de la teleología del precepto más que a la validez en sí, debiendo inevitablemente buscar sus causas en razones de índole social y de igualdad. Probablemente fuera más preciso hablar de "equivalencia".

Resulta de interés el estudio del *desenvolvimiento del contrato en cuanto a su formación y las etapas por las cuales atraviesa*, así como los derechos y deberes que en cada una de tales situaciones jurídicas corresponden a los sujetos. No es ésta tarea fácil, ni pacífica, pues la materia está poco estudiada en el Derecho público, y es tributaria del tratamiento dogmático que de ella se hace en el terreno privado, donde las orientaciones y la propia terminología es muy variada. Así, conscientes de la importancia de la materia, y asumiendo los variados matices posibles, estudiamos la relación jurídica entre el sujeto con derecho a Casa Militar y el Patronato, que son los dos elementos subjetivos fundamentales.

Dicha relación se iniciaría con la adquisición de la condición de militar del sujeto, y concluiría con la extinción absoluta del derecho a ocupar Casa Militar, que veremos en otro apartado. La mención de militar debemos entenderla igualmente aplicable a los demás sujetos con derecho a ella: funcionarios y personal laboral contratado.

Ahora bien, la condición de militar no es lo único requerido para disfrutar de Casa, sino que además se exige estar casado, o, siendo soltero, hallarse en alguna de las siguientes circunstancias: 1. Tener familiares que vivan en su compañía y a sus expensas; 2. Que contraiga matrimonio en los sesenta días siguientes. Por ello, dentro de genérico interés legítimo de todo militar a disfrutar de Casa del Patronato, conviene distinguir la expectativa de derecho que tiene todo militar soltero (en quien no concurren las mencionadas circunstancias) y el efecto reflejo que crea la norma a favor del militar casado. La expectativa se funda en que el hecho adquisitivo se ha realizado ya en parte, aunque sea incierto si llegará a completarse. Mientras tanto, existe la incertidumbre de si llegará a realizarse el derecho, que dependerá de todo un elenco de circunstancias. Con el matrimonio del militar quedan cumplidos los presupuestos básicos, y consolidada una posición jurídica ventajosa para el sujeto, cual es el posible acceso al disfrute de la Casa.

Es innato al efecto reflejo de las normas el quedar su manejo a disposición de la Administración, y que la participación en él del sujeto-administra-

do se limite a poner en marcha el mecanismo o procedimiento, cosa que en efecto hace con la solicitud de Casa. Su recepción no es acto voluntario o discrecional para el Patronato, sino obligado y estrictamente reglado en todos sus trámites, como no puede ser de otra forma en un servicio público. La solicitud se alza como el ejercicio de un derecho potestativo, que modifica la relación jurídica, pues es de ahí de donde nacen los derechos y deberes para uno y otro, ya que hasta ahora todo eran situaciones más o menos propicias, pero ninguna autorizaba a una petición concreta ni tenía el sujeto una legitimación para recurrir actos que pudieran ir contra su eventual derecho aun "*non nato*".

Presentada la solicitud, revisada y calificada según las normas específicas y comprobados los presupuestos y condiciones, el aspirante es incluido en la correspondiente lista. El número que ocupe en ésta será el que determine su preferencia a la Casa, y que no será en ningún caso absoluto ni definitivo, por las prerrogativas que se otorgan a favor de las familias numerosas y que les permiten pasar por delante de otros de mayor antigüedad en la lista.

La inclusión en la lista hace nacer a su favor una titularidad temporal limitada, situación de interinidad del derecho, que se constituye por derechos sucesivos aplazados. El aspirante ha adquirido un derecho, no expectante, sino firme, y no a la Casa sino al orden en la lista, que le dará rango inferior a los que le precedan en ella, y mayor que los que le sigan. Derecho que no es definitivo, sino transitorio, y que concluirá con la plena adquisición del derecho que le sigue en este "*iter*": el derecho al disfrute de la Casa.

Ello nos induce a pensar que tanto la inclusión en la lista, como la notificación del número asignado al aspirante, la notificación de la concesión a la Casa, y el ofrecimiento de ésta son actos y situaciones del sujeto que desarrollan el derecho potestativo ejercido al tiempo de la solicitud de la casa.

Se observa también la existencia de dos declaraciones de voluntad reiteradas —si fuera el caso— en dos momentos distintos. El primero es la solicitud de Casa y la aceptación e inclusión en la lista hecha por el Patronato. El segundo, al suscribir el contrato de arrendamiento. Sin embargo, no por ello debe pensarse en la existencia de dos contratos, sino en relación con la primera, de una figura diferente, caracterizada por una coincidencia de voluntades manifestada mediante actos jurídicos sucesivos que se mantienen perfectamente diferenciados como propios de cada uno de los distintos sujetos, de los que se infiere una conformidad de los sujetos sobre algún punto concreto: la atribución de Casa Militar. Ciertamente hay un vínculo, y éste deriva de una y otra declaración de voluntad, no como obra conjunta, que no lo es, sino como auténtica "*condictio iuris*" que es la petición con relación a la asignación de Casa y posterior contrato. De esta manera se justifica que el vínculo no tenga naturaleza contractual —y aun menos precontractual—, y sí de ejecución o desarrollo del derecho potestativo que hemos reconocido al solicitante de Casa tras la presentación de su petición.

Celebrado el contrato, puede afirmarse un derecho subjetivo a favor del inquilino, siguiendo a SANTI ROMANO, señalamos que reúne las tres características básicas de los derechos subjetivos:

1. Desenvolverse en el seno de una relación jurídica.
2. Tener un objeto específico y determinado, cual es el disfrute de la vivienda.
3. Implicar la existencia de un sujeto directamente obligado: el Patronato.

#### ELEMENTOS OBJETIVOS DEL CONTRATO

Los elementos objetivos de todo arrendamiento son la cosa y el precio. La duración, en este sentido, pasa a ser un elemento secundario, pues el contrato no se celebra en consideración a un plazo determinado, sino sólo por aquél que el sujeto se halle destinado en la plaza y en la situación administrativa-militar que estatutariamente le dé derecho a ocupar Casa.

El disfrute de ésta viene condicionado, en su aspecto objetivo, tanto a su número en relación con los efectivos destinados en el lugar, como a los cupos y los tipos o categorías que se establecen.

Así, el art. 48 del Reglamento de 1970 dispone que: "Las viviendas del Aire, con destino al personal mencionado en el artículo segundo, serán de los tipos siguientes:

Tipo A: Para Generales, Coroneles y asimilados.

Tipo B: Para Tenientes Coroneles, Comandantes y asimilados.

Tipo C: Para Oficiales y asimilados.

Tipo D: Para Suboficiales y asimilados.

Tipo E: Para Clases de Tropa y asimilados.

El art. 49, a su vez, dispone que: "La determinación del tipo de viviendas que corresponde al personal civil funcionario público se hará por el Consejo Directivo, sujetándose a lo que dispongan las instrucciones para el régimen y adjudicación de viviendas.

Al personal civil no funcionario que preste su trabajo en Establecimientos Militares del Aire, con el carácter fijo, le corresponderá vivienda de tipo E, a no ser que por su categoría profesional o administrativa el Consejo Directivo le asigne una de tipo superior.

Cuando se trate de causahabientes con derecho a vivienda se determinará el tipo de ésta con arreglo al que correspondía al causante".

Las consecuencias son:

1. Se reconoce a todo militar que reúna las condiciones subjetivas que se determinan (situación administrativa, destino, número de miembros de su familia, estar casado o soltero con familiares a su cargo o soltero, pero sometido a la condición de que contraiga matrimonio en los sesenta días siguientes) el derecho a disfrutar de Casa Militar.

2. Las características generales y técnicas (superficie, servicios), dependerán de la categoría de los militares, funcionarios o personal laboral a quienes correspondan éstas, así como de las normas propias de las VPO, por serlo las militares.

3. El número de sujetos con derecho a Casa en una determinada plaza, será condicionante de la programación y distribución de las mismas.

4. Mientras no se disponga de todas las viviendas necesarias, y las circunstancias locales lo aconsejen, el Consejo Directivo del patronato podrá señalar cupos de viviendas para cada empleo y situación militar, de acuerdo con la situación de la plantilla y del problema de la vivienda en la localidad.

Por el contrario, si no hubiere suficientes peticiones para las Casas existentes en un cupo determinado, podrá el Gerente dirigirse a la Superior autoridad de la Región o Zona Aérea respectiva, comunicándole las viviendas que hayan de quedar vacantes el día primero del mes siguiente para que se publiquen estos datos por el Estado Mayor y puedan llegar a conocimiento de los que tengan derecho a formular peticiones.

Cuando, aun cumplido este requisito, no hubiese solicitantes para todos los pisos de las Casas del tipo A, podrá correr el turno a los que las tuvieran solicitadas del tipo B, a juicio del Patronato, con la condición de que en el momento en que se presentaran solicitantes que tuvieran derecho a las primeras, habrá de trasladarse el Oficial comprendido en el primer caso a la primera vacante del tipo B.

Si no existieran solicitantes para las viviendas entre los declarados en el Reglamento de 1949, podrán adjudicarse éstas, según el tipo al que correspondan, a los disponibles forzosos, excedentes de reemplazo por herido o enfermo, o supernumerario, y en último caso, el personal en la reserva o retirados, comprometiéndose todos ellos a desalojarlas en el plazo de seis meses, a partir del día en que, ocupadas todas las viviendas, las solicitase cualquiera de las personas que tienen derecho a ocupación conforme al referido Reglamento, comenzando el desalojo por aquél que tuviera otorgado el contrato de arrendamiento más antiguo, y siguiendo en este orden.

Resulta discutible el alcance del compromiso asumido por el beneficiario al desalojo de la vivienda. En virtud de la libertad contractual reconocida a las partes por la Ley de Contratos del Estado, y entendiéndola circunscrita a los estrictos límites de la mencionada Ley y del cumplimiento de los fines propios del contrato de arrendamiento de Casas Militares, cabe reconocerle efectos propios, como condición resolutoria, implicando, como les es inherente, que nace el derecho al disfrute, pero condicionado en su vigencia al hecho de no haber otros solicitantes. De haberlos, se resolvería el contrato concreto, mas no el derecho del actual inquilino a disfrutar de otra vivienda, que obtiene del mismo régimen estatutario, y no de cláusula contractual alguna.

Por ello la eficacia de la cláusula no es otra que reforzar, como condición resolutoria expresa, lo que en virtud de la propia normativa tendría el carác-

ter de condición resolutoria implícita. Es la manifestación del derecho que cada aspirante a Casa Militar tiene a ella, y que, si bien no hay jerarquía entre los derechos de todos los aspirantes en los mismos términos que ocurre con los derechos reales, hay un preferente ejercicio, determinado por lo que conste en la relación de aspirantes, siempre de acuerdo con el resto de la normativa específica, como acto estrictamente normado que es la aceptación del aspirante por el Patronato y su inclusión en la relación.

5. Que la fijación de cupos es acto discrecional del Consejo Directivo. Nos remitimos a las reflexiones anteriores sobre esta clase de actos, señalando además que no hay base en la normativa para pensar que haya viviendas concretas adscritas al cupo, como una cualidad propia, sino que, en el actual orden de cosas, el cupo es meramente numérico, no real.

6. Que el ascenso del inquilino en su empleo militar, puede implicar cambio de categoría de vivienda y extinción del derecho a disfrutar la actual, debiendo formular nueva petición: cláusula resolutoria implícita, establecida por la normativa.

7. Que la preferencia a la Casa la determina el número en la lista, y como la solicitud puede llevar la misma fecha, el Reglamento de 1949 establece una prioridad entre los peticionarios a quienes por sus empleos militares correspondan viviendas de la misma categoría: se resolverá con arreglo a su antigüedad en el destino en la localidad de que se trate, computada a partir de los empleos que dan derecho a esa categoría, y en el caso de igualdad, por la mayor antigüedad en el empleo, en el servicio o mayor edad, sucesivamente. Por excepción, si en la localidad rige el sistema de cupos de viviendas para cada empleo militar, prevista en el art. 3, la prioridad se determinará por la antigüedad en el destino, pero con el empleo actual que en aquél momento ostenten los interesados y, de coincidir esta circunstancia, en la forma antes señalada.

8. En relación con las preferencias al tiempo de la entrega de viviendas, dispone el art. 24 del Reglamento que: "dentro de cada tipo o grupo de viviendas a distribuir entre varios aspirantes de similar categoría militar se darán los pisos más amplios a los de familia más numerosa. Caso de igualdad de familias, o de habitaciones, elegirá el piso en primer lugar el más antiguo en el empleo".

9. En relación con las familias numerosas, afirma el art. 13 del Reglamento que éstas tendrán preferencia para la adjudicación de vivienda, y entre ellos, los que tengan mayor número de hijos. Sus peticiones se relacionarán, por cada empleo, por orden de número de hijos, y, a igualdad de éstos, por antigüedad de petición, en una lista preferente que habrá de ser alojada en su totalidad antes de que se distribuyan Casas a los aspirantes de la relación general.

El segundo elemento real es el precio del alquiler. Su naturaleza jurídica es de precio público, a tenor de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, que califica como tales las contraprestaciones pecuniarias

satisfechas por la prestación de servicios o realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción obligatoria para los administrados. Señala el art. 50 del Reglamento de 1970 que se fijarán por Orden Ministerial, lo que deroga al art. 26 del Reglamento de 1949, que permitía la revisión por el Patronato, previa autorización ministerial. Esta interpretación viene además avalada por el sentido de todas las facultades atribuidas al Consejo Directivo en el art. 17, con la necesaria propuesta al Ministro de todos aquellos actos que revistan cierta importancia, para su aprobación por éste. Una y otra alternativa son admitidas expresamente en el art. 26 de la Ley de Tasas y Precios Públicos.

No hay razones para entender alterados los principios de proporcionalidad entre la clase de vivienda y el alquiler, ni la clasificación de viviendas por categorías según la provincia, determinado asimismo el precio, ni tampoco el criterio de modificación del precio cuando las circunstancias así lo requiriesen, teniendo para ello en cuenta el coste de la vida en cada una de las poblaciones, como predica el Reglamento de adjudicación de Casas Militares.

El abono se hará por meses adelantado, devengándose por días los correspondientes a primero y último mes que ocupen los inquilinos.

Los gastos generales de portería, ascensores, luz de los locales de uso general, y otros que pueda, con carácter general, determinar el Consejo Directivo, serán a cargo del Patronato. Nótese que el número de gastos a cargo del Patronato puede ampliarse por decisión del Consejo, pero nunca reducirse: es una disposición protectora del inquilino.

## ELEMENTOS FORMALES

El principio espiritualista, tan arraigado en el Derecho privado, es incompatible con el Derecho administrativo, pues el necesario sometimiento de las administraciones públicas a los fines preestablecidos y que constituyen su razón de ser, la necesaria publicidad de su contenido, igualdad en la adjudicación y necesidad de fiscalizaciones hacen inviable que los contratos administrativos que perfeccionen por el mero consentimiento y que sean obligatorios cualquiera que fuere la forma en que se hayan celebrado.

Por el contrario, quedan sometidos a fuertes requisitos de forma y publicidad, que, por imperativo legal, quedan elevados al rango de esenciales.

Admitido el carácter administrativo del contrato de arrendamiento de Casas Militares y la normativa a que en un capítulo anterior nos referíamos, hemos de predicar la necesaria formalización en documento público. Siendo documento público aquél autorizado por un funcionarios público competente con las solemnidades requeridas por la Ley, y resultando evidente la

condición del Gerente de funcionario público, se infiere que el inquilino es el documento al que nos referimos. Además:

1. Las normas de la Orden de 15 de agosto de 1949 tienen carácter imperativo, por lo que los actos contrarios a las mismas serán nulos de pleno derecho salvo en lo que se disponga de forma distinta en su propia normativa.

2. Son normas que limitan los derechos individuales, por lo que han de ser interpretadas restrictivamente y no cabe emplear la analogía.

3. Todo el procedimiento que se sigue en estas normas para la solicitud, ofrecimiento y ocupación de la Casa obliga no sólo al funcionario-solicitante, sino también al Patronato, por lo tanto, los actos del mismo serán recurribles en la vía administrativa primero, y en lo judicial después. Además, la posición del inquilino estará protegida por interdictos frente a las actuaciones administrativas que no se ajustan al procedimiento reglado.

4. Conviene hacer una referencia, siquiera sea breve; a la nueva forma de contrato aprobada recientemente y que se pretende única para los tres Patronatos.

– Evita con auténtico celo hablar de “contrato” y hace cualquier mención al “arrendamiento”. Así, se autodenomina con la sibilina fórmula de “Documento administrativo de autorización de uso de la vivienda en régimen especial”, y con “autorizaciones para el uso del piso”, refiriéndose al “usuario” y “adjudicatario”. Cualquier cosa menos hablar de arrendamiento. No es menester recordar que la denominación que se dé a las situaciones o relaciones jurídicas es irrelevante, pues tienen una naturaleza determinada al margen del nombre que les sea dado. Tal naturaleza se impone por sí misma. Además, está sometido a una normativa que no escatima los términos “arrendamiento” y “arrendatario”, y que es la prevalente.

No puede ignorarse que responde a un intento de cambiar la naturaleza de la institución, queriéndola configurar como una autorización para la utilización privativa del dominio público, a favor de un particular, determinado por el propio contenido de la relación estatutaria que más arriba hemos descrito. Pero este cambio de naturaleza en la institución precisa, para ser efectivo, de un cambio normativo, y no sólo contractual. Y además, estando destinada a domicilio de un particular, los problemas que en este trabajo ponemos de manifiesto en orden al lanzamiento, se reproducen en idénticos términos.

El contrato prohíbe, eso sí, el subarrendamiento. Para poder subarrendar es necesario tener previamente arrendada la cosa. Elemental.

– El mencionado documento califica al acto del aspirante como “petición” de vivienda. Ciertamente, en un sentido cotidiano sería admisible, pero en un sentido preciso del término proponemos la sustitución por “solicitud”, pues, mientras aquél responde a la aspiración a obtener a favor de quien lo realiza un acto graciable, éste admite una más amplia interpretación, y en todo caso, la de instar un pronunciamiento de la Administración al que se tiene derecho, por decirlo así la Ley.

- Cuando la cláusula primera afirma que "el tiempo de duración queda limitado al establecido reglamentariamente en cuanto a su situación militar, empleo y destino o se señale en el futuro de las Normas que se dicten en relación con la Clase de vivienda que se autoriza", está conteniendo una renuncia a derechos futuros, cuando los contratos se rigen por las normas vigentes al tiempo de su celebración, y que no admite la renuncia a derechos futuros. El resultado perseguido se podía obtener igualmente, como hacían los anteriores modelos, con el señalamiento de periodos muy breves de duración del mismo, renovables tácitamente.

- La cláusula décima habla de "causas de anulación". La anulabilidad, o nulidad relativa, procede cuando existen vicios o defectos al tiempo de la celebración del contrato, y no cuando se debe a causas surgidas con posterioridad. En tal caso, se trata de "resolución".

- En cuanto a las causas concretas del 10, c, d y e (ser destinado el usuario fuera de la localidad, pasar a situación distinta a la de servicio activo y fallecimiento), entendemos que, siendo reguladas y autorizadas por el Reglamento de 1949 y la Orden de 22 de marzo de 1976, que modifica el art. 29 del Reglamento, hay una extralimitación en los fines y el ejercicio de un grado de libertad contractual que no se tiene. Nos remitimos a lo que en el párrafo sexto decimos.

- Finalmente, que constando el documento de seis hojas, y entre tanto no se imprima en una sólo, la más elemental prudencia exige la firma al final de la última y al margen de todas las anteriores.

5. Junto al contrato de arrendamiento, aparecen otros documentos de capital importancia, y cuya falta produce, en la mayoría de los casos, efectos fatales:

- Petición escrita de vivienda sobre la papeleta reglamentaria, que deberá contener una declaración jurada. De la forma no se deduce que hayan de formar un solo cuerpo, aunque tampoco hay nada que lo impida.

- Comunicación escrita de cualquier cambio en las situaciones personales del interesado.

La falta de cualquiera de estos escritos privará al interesado del derecho a figurar en las relaciones de aspirantes a Casas del Aire.

- La relación de aspirantes, que contiene en sí misma la preferencia de éstos a la adjudicación.

Comunicación al solicitante de haberle correspondido Casa, que se hace por duplicado ejemplar, uno para el interesado y otro, debidamente firmado, queda en poder del Patronato. La firma de constancia de la notificación, y de la fecha en que se produce, esencial para el cómputo de los brevísimos plazos (cuatro días) que se señalan para aceptarla. Los arts. 59 y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo fijan reglas para el cómputo de plazos: siendo que no se dice otra cosa, los días serán hábiles, y se contarán a partir del siguiente al de la notificación. Hecha ésta en el plazo indicado, que es de caducidad y que no conoce por tanto de suspensión o interrup-

ción, y hecha en debida forma, se comunica por el solicitante la aceptación, que puede ser verbal, entregándosele el oportuno recibo, prueba privilegiada de su aceptación en tiempo oportuno.

— Junto con el contrato de inquilinato se habrá de levantar un acta del estado de la Casa. Este acta no es requisito esencial del contrato. Su falta no lo anula, pero perjudicará al inquilino, pues si hubiere desperfectos al tomar posesión de la Casa, habrá de demostrar su preexistencia, pues si la cosa se deteriora estando en poder de una de las partes, se presume que fue por su culpa, salvo prueba en contrario. También habrá responsabilidad a cargo del funcionario negligente que no extendiera el acta antes de la entrega de llaves de la vivienda. Por otro lado, la negativa injustificada a firmar el acta supone la no aceptación del inquilino de las normas que rigen el arrendamiento de Casas Militares, y justifica la no celebración del contrato por parte del Patronato. Dado lo breve de los plazos y la caducidad de éstos, puede resolverse en un primer momento el incidente haciendo por escrito la salvedad que se tenga por oportuna junto a la firma del acta, y levantándose posteriormente acta notarial del desperfecto que haya motivado la controversia. En este caso, el acta levantada por el Interventor Militar vale tanto como la de Notario.

6. Destacar, finalmente, que se dispone que el contrato contendrá las cláusulas que hayan de regularlo a tenor de lo reglamentado. Es poco decir, pues el contenido no puede ser otro que el reglamento y deberá supeditarse al cumplimiento de los fines asignados legalmente al Patronato. Lo contrario conlleva nulidad. Pero, casi imperceptiblemente, se añade una segunda interpretación: que sólo pueda contener cláusulas según lo reglamentado. Dicho en otros términos: que no hay libertad contractual. El art. 3 de la Ley de Contratos del Estado, admite que la Administración concierte los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración. Pero tan generoso principio debe ceder en favor de la anterior interpretación: primero, porque va referido a la generalidad de los contratos administrativos, prevaleciendo lo especial sobre lo general. Segundo, porque el propio art. 4-2 del mismo cuerpo legal, remite a éstos contratos administrativos innominados a su normativa específica, de la que hemos partido en nuestro razonamiento.

Por tanto, no cabe libertad contractual más allá de lo reglamentado, pero aun dentro del cumplimiento de los fines que el reglamento asigna al Patronato, toda libertad habrá de estar conforme con la Ley. Observación tan evidente como ésta ha pasado desapercibida a quienes se encargaron de redactar los anteriores contratos, en los cuales se lee: "Las dudas e incidencias que pudieran sobrevenir acerca del incumplimiento e interpretación de las cláusulas de este contrato serán resueltas por la Gerencia, contra cuyo acuerdo podrá el inquilino recurrir, en el término de cuatro días, ante el Consejo Directivo del Patronato, cuya decisión será inapelable, sometiéndose

se a ella expresamente el arrendatario, el cual renuncia a la competencia de toda otra jurisdicción". Ante tal alarde de imperatividad, hemos de puntualizar lo siguiente:

a) Que la decisión del Consejo Directivo del Patronato es recurrible en alzada ante el Ministro de Defensa, y que toda la inapelabilidad que algunas formas contractuales predicen se reduce a poner término a la vía administrativa. Nada impide al inquilino recorrer con su pretensión toda la gama de procedimientos jurisdiccionales que la Ley le reconoce, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

b) Es inadmisibles que alguien renuncie a la jurisdicción de los Tribunales para reclamar lo que corresponda a su derecho, aun cuando en el mismo contrato se comprometa "por su Honor" a cumplir lo que en él se dispone. Alfonso X El Sabio, a quien también preocupaba el honor, decía que "los actos contrarios a la Ley no deben ser cumplidos, aun cuando pena o juramento fuere puesto en él".

Vemos, por tanto, que no hay libertad para ninguna de las partes: el Patronato queda plenamente sometido a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su actividad y determinan sus fines. Para el inquilino tampoco, pues no hay posibilidad de discutir condiciones ni precio del arrendamiento, sino que queda reducido a un contrato de adhesión.

Finalmente, la fianza es también requisito formal indispensable. La Ley de Contratos del Estado hace referencia a las fianzas, pero con un ámbito y efectos distintos.

Así, la Ley de Bases de los Contratos del Estado, Base XVII, decía que serían reguladas las fianzas y garantías que aseguraran la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de los contratos de obras con arreglo a los principios de la Ley de 22 de diciembre de 1960, haciendo extensivo el sistema en lo posible a los de gestión de servicios y suministros. El art. 13 de la Ley de Contratos del Estado señala que "salvo las excepciones también establecidas por esta Ley, será requisito necesario la prestación por el empresario de las fianzas previstas en la misma como garantía de los intereses públicos". Se observa una extralimitación entre el mandato contenido en la Ley de Bases, referido a los tres contratos administrativos contemplados en ella, que incluye los innominados en defecto de regulación específica como es nuestro caso. Sin embargo, a la hora de aplicar las fianzas concretas, estas sólo se refieren a los contratos típicos, siendo inaplicables al arrendamiento de Casas Militares, por su propia naturaleza.

Dispone el art. 18 del Reglamento de Adjudicación de Casas Militares que, todo beneficiario al formalizar el citado contrato de inquilinato, depositará en la Gerencia de Madrid, o en la Delegación local respectiva una fianza por el importe de un mes de alquiler, la cual responderá, desde luego, de los desperfectos y deterioros que por su uso indebido pudiera ocasionar en sus viviendas durante el tiempo que la ocupe, y al abandonarla se efectuará por el Patronato y a presencia del interesado, una revisión del estado

de la misma para que, partiendo de la referida Acta, se haga apreciación sobre la existencia de aquéllos los que en su caso serán imputados, ante todo, a dicha fianza, y en lo que ésta fuera insuficiente, se pasará cargo oficial al interesado por conducto de la pagaduría correspondiente, distribuyéndose el importe de dicho cargo, si fuera preciso, en mensualidades que no rebasen la séptima parte de la paga mensual del inquilino. La repetida fianza será mantenida mientras subsista la ocupación del piso y se repondrá por el inquilino si en periodo de disfrute se hubiera aplicado a las responsabilidades mencionadas o a las que prevé el art. 32 del presente Reglamento, que se refiere a las reparaciones que el Patronato haya de hacer en los edificios y viviendas cuando se deban a mal uso de los mismos por los inquilinos.

Es claro el paralelismo que guarda con la Ley de Arrendamientos Urbanos.

#### EXTINCION DEL CONTRATO

Las causas que pueden extinguir el arrendamiento de viviendas del Aire aparecen dispersas en varias normas, ya que el Reglamento para el Régimen y Adjudicación del año 1949, lejos de plasmar en su articulado una relación coherente y lo más completa posible de aquellas causas se limita a señalar que los contratos de arrendamiento especial quedarán resueltos cuando se extinga el derecho del beneficiario, estableciendo a continuación unos plazos de desalojo que varían dependiendo de la naturaleza de la causa que motiva que deje aquél de tener derecho a seguir ocupando la vivienda militar que ocupa.

Dejando de lado este confuso planteamiento reglamentario, y sistematizando lo más posible esta materia a la luz, no sólo de lo dispuesto en el Reglamento de 1949, sino también de lo dispuesto en la normativa de las Viviendas de Protección Oficial (VPO, en adelante), y en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), de aplicación supletoria en esta materia, según se vió más arriba, podemos afirmar que el contrato se extingue:

1. Por destino del beneficiario a otra localidad. Nótese que aquí el arrendatario sigue siendo beneficiario, por lo que en su nuevo destino podrá solicitar nuevamente la adjudicación de una vivienda, lo que le llevará a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento. Por lo demás, el destino puede ser tanto de provisión normal como de elección o libre designación (de libre designación, de concurso de méritos o de provisión por antigüedad, en la terminología de la Ley reguladora del régimen militar profesional), y esta causa de extinción opera tanto respecto al arrendatario militar, como al funcionario civil o personal laboral. Sin embargo, respecto a personal civil funcionario, entendemos debe ampliarse esta causa resolutoria a los supuestos de destino a otros ministerios, ya que estos funcionarios forman parte de Cuerpos Generales de la Administración del Estado. Por otro lado, el desti-

no a unidades de otros ejércitos debe también ser causa resolutoria para el personal funcionario, y asimismo para el personal laboral, aunque permanezcan uno y otro en la misma localidad.

2. Pase del arrendatario a determinadas situaciones, que inmediatamente analizaremos. Sin embargo debe precisarse antes que al estar sujetos los arrendatarios a normativas diferentes, según sean militares, funcionarios civiles o personal laboral, no existe completa correlación en lo que respecta a las situaciones en las que este diverso personal se puede encontrar. Dicho ésto, y simplificando en lo posible la exposición, el contrato se extingue:

a) Por pase del militar a la situación de reserva o retiro por cumplimiento de la edad reglamentaria o incapacidad física. Así se expresa el art. 29 del Reglamento de 1949. Esta causa de resolución ha de entenderse sin perjuicio del derecho del beneficiario de solicitar, como retirado o reservista, nueva vivienda de las pertenecientes a los cupos previstos para quienes se hallen en alguna de estas situaciones. La primera anotación que debe hacerse es la de que estas situaciones aparecen hoy reguladas por el Decreto 734/79, de 9 de marzo, y la O.M. 110/1981, de 31 de julio, que desarrolla el anterior, aunque posteriormente estas normas han sufrido algunas modificaciones, y hoy día están agotando su vigencia, al estar previsto que el próximo día 1 de enero de 1990 entre en vigor la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (o Ley de la Función Militar, en su proyecto) que dará nueva regulación a esta materia. Por ello, analizaremos ésta a la luz principalmente de estos nuevos preceptos.

Pues bien, según la normativa todavía vigente, y en lo que respecto al retiro, éste puede producirse por edad, por inutilidad física o a petición del interesado. Como quiera que según el Reglamento de 1949 para que el retiro produzca la resolución del contrato debe producirse por cumplimiento de la edad reglamentaria o por incapacidad física, resulta que quien solicite el retiro a petición propia podría continuar con el disfrute de la vivienda que ocupa. Esta conclusión no deja de ser paradójica, y lo que es peor, injusta, pues normalmente quien solicite el retiro a petición propia dispondrá de unas perspectivas personales económicas más halagüeñas que quien sea retirado por edad o por inutilidad. Vienen a la memoria en relación con lo que se acaba de decir recientes situaciones de miembros del Arma de Aviación, escala del Aire, que han solicitado el retiro, entre otras causas no menos poderosas, al tener ofertas de trabajo de indudable atractivo económico, y que, según se acaba de decir, tendrían derecho a continuar disfrutando de su vivienda, situación motivada por la falta de adecuación del antes citado Reglamento a la legislación sobre situaciones militares, y que únicamente podría ser subsanada mediante una interpretación correctora de las normas aplicables.

Por lo demás, la situación de reserva, inicialmente prevista para Generales y Almirantes, fue ampliada posteriormente a todos los empleos, en sus modalidades de Activa y Transitoria, y produce la resolución del arrenda-

miento especial que tratamos, sin duda alguna, aunque el reservista podrá solicitar, como el retirado, nueva vivienda de las comprendidas en el cupo previsto para quienes hallen en estas situaciones.

La Ley reguladora del régimen militar profesional, que mantiene la situación de reserva y también prevé lógicamente el retiro, contempla determinadas causas de pérdida de la condición de militar de carrera (art. 65). En caso de pérdida de la condición de militar del arrendatario, el contrato de arrendamiento deberá quedar resuelto, por lo que el Reglamento de 1949 deberá ser modificado para dar entrada a ésta nueva causa de resolución, pero aunque ello no se llevase a cabo, la extinción del arrendamiento seguiría siendo posible al producirse la pérdida de uno de los requisitos para ser beneficiario (ver número 8).

b) El arrendamiento de vivienda ocupada por funcionario civil, ya sea del Cuerpo General Administrativo, o del Auxiliar o Subalterno quedará resuelto según el art. 29-3 del Reglamento de 1949 cuando aquél se jubile forzosamente (art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública), e igualmente es causa de resolución de jubilación del arrendatario personal laboral, tanto jubilación ordinaria como voluntaria a los sesenta y cuatro años. También en estos casos el arrendatario cuyo contrato se extingue, continúa siendo beneficiario, al tener derecho a optar a vivienda perteneciente a los cupos previstos para personal en reserva, retirado o jubilado.

c) Existen otras situaciones administrativas que también son causa de extinción del arrendamiento. Así, el pase a la situación de servicios especiales (art. 29-1 del Reglamento de 1949, situación recogida también en la Ley de la Función Militar, art. 49, y en la Ley de la Reforma de la función Pública), y en la que habría que concretar, a fin de que la extinción se produjera, la circunstancia de que el interesado tenga derecho a vivienda en el organismo de su nuevo destino, o aunque no lo tuviera, que éste se encontrara en la localidad diferente a la de la vivienda que venía ocupando. Pero también creemos que es causa de extinción el pase a la situación de excedencia voluntaria (art. 100 de la Ley de la función Militar, y 29-3 de la Ley de Reforma de la Función Pública; situación también recogida en el vigente convenio colectivo para el personal laboral de establecimientos militares). De todas maneras con respecto a esta *excedencia voluntaria* habría que determinar el origen o causa de la misma, pues mientras se derive de intereses particulares, o del pase a otro cuerpo o escala de las administraciones públicas, la extinción del contrato parece clara, y si se deriva de la necesidad en atender al cuidado de un hijo, la solución debe ser la contraria. Entre ambos extremos, que no plantean a nuestro entender mayores problemas, existen excedencias voluntarias cuya influencia extintiva o no sobre el contrato de arrendamiento no resulta tan aparente: por ejemplo, el militar que después de ser candidato a cargo público electivo, no resulte elegido, se mantiene en situación de excedencia voluntaria durante dos años, y ésta excedencia

¿extinguirá o no el contrato de arrendamiento especial que comentamos?. De todas maneras, el análisis pormenorizado de todos estos supuestos excede de la finalidad y posibilidades de este trabajo, por lo que ni es aconsejable profundizar en ellos, ni está en nuestra voluntad hacerlo.

Sí debemos hacer mención, siquiera sea somera, a la cláusula décima del nuevo modelo de contrato recientemente utilizado por los distintos Patronatos, en donde se especifica como causa resolutoria el pase a situación distinta a la de servicio activo. Como quiera que esta causa resulta contraria a lo preceptuado en la normativa reguladora del Reglamento de 1949, deberá tenerse, creemos, por no puesta, dado el carácter administrativo del contrato y el poco juego que ofrece en él el principio de autonomía de la voluntad, que no puede operar estableciendo estipulaciones contrarias a la normativa existente, lo cual viene corroborado en el propio modelo, en cuya cláusula tercera se afirma que el usuario (y el Patronato también, lógicamente) se compromete a la observancia de las prescripciones del Reglamento y demás disposiciones, como no podía ser de otra manera.

3. Llegar a ser propietario, el arrendatario o los familiares a su cargo, de una VPO situada en la misma plaza, en su zona de influencia o en el área metropolitana (art. 4 del Reglamento de 1949).

4. Fallecimiento del arrendatario, al no poder subrogarse sus derechohabientes en el contrato que aquél tenía suscrito, según dispone el art. 31 del Reglamento de 1949.

5. Mal uso de la vivienda (art. 39 del citado Reglamento). Se refiere esta causa de resolución al inadecuado trato y al descuido en el mismo, que habrán de comportar, parece lógico, daños constatables y evaluables económicamente por el Patronato. Estos daños pueden ser ocasionados tanto culpablemente (supuesto más normal) como dolosamente. En este último caso esta causa de resolución coincide o puede ser subsumida en la prevista en el art. 114 de la LAU cuando señala como causa de resolución del contrato "causar daños dolosamente al inmueble". También debe traerse a colación en este momento el art. 30-4 del Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre que aprueba el texto refundido de la legislación de VPO, y que indirectamente señala como causa resolutoria causar deterioros graves en el inmueble.

6. Causar molestias a los vecinos (art. 39 del Reglamento de 1949). Entendemos debe llevarse a cabo una interpretación extensiva de este precepto, por lo que cualquier actividad que obligue a los convecinos a soportar cualquier inmisión o ingerencia superiores a las normalmente admitidas en este tipo de relaciones, estará dentro de esta causa resolutoria. Lo que, por otro lado, permitiría asimilar esta causa a la recogida en el art. 114 de la LAU que se refiere a la realización por el inquilino de actividades inmora-les, peligrosas, incómodas o insalubres.

7. Sanción. El art. 29 del Reglamento de 1949 prevé la posibilidad de una sanción impuesta por el Consejo Directivo aunque en ninguna parte de

ese Reglamento ni en el resto de la normativa se contempla un régimen disciplinario, que prevea los distintos casos de faltas cometidos por el arrendatario, y las sanciones correspondientes, entre las que debería figurar como sanción máxima la resolución del contrato. Sin embargo, al ser las viviendas gestionadas por el Patronato de protección oficial, entendemos que la legislación referente a éstas es de aplicación en lo que se refiere, no sólo al desahucio estrictamente, sino también a lo que atañe a causas de resolución, ya que aquél procede en virtud de éstas. Y como el art. 30 del Decreto 2960/1976 considera como motivadora del desahucio la infracción grave o muy grave de las prescripciones legales vigentes en materia de viviendas de protección oficial, resulta que las disposiciones disciplinarias previstas en los arts. 153 a 155 del Reglamento de VPO, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio, a los que se remite el art. 57 y la Disposición Transitoria XI del Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, serían de aplicación, en lo que fuera posible, a las Casas del Aire, en concreto a los arrendatarios que llevaran a cabo las conductas allí establecidas, que darán derecho al propietario a instar el desahucio. En concreto, creemos que son de aplicación, como conductas sancionables, con la resolución del contrato y el siguiente desahucio:

a. No dedicar la vivienda a domicilio habitual y permanente (art. 153-B.6 del Reglamento de VPO, en relación con el art. 30-6 del Decreto 2960/1976). Todo uso que no sea éste no está pues, permitido, por lo que creemos debemos refundir en esta conducta la descrita en el citado art. 153 punto B-4 "dedicar la vivienda a uso no autorizado". Por último, esta conducta está recogida igualmente en el art. 36 del Reglamento de 1949, que establece que las Casas del Aire se utilizarán exclusivamente para vivienda, no pudiendo ejercerse en ellas industria, comercio, negocio ni actividades de carácter análogo.

b. La utilización de más de una vivienda construida con la protección del Estado a título de inquilino o usuario. Obsérvese que en este caso el arrendatario no puede disfrutar de otra VPO a título de arrendatario, lo que diferencia esta circunstancia de la causa resolutoria examinada bajo el número 3, referida a llegar a tener en propiedad una VPO el arrendatario, como ya se expuso.

c. Mantener habitualmente deshabitada la vivienda (art. 153-B.9), lo que conlleva el problema de determinar qué debe entenderse por habitualidad en la desocupación de la vivienda, problema que venía resuelto hasta ahora al recogerse en los antiguos modelos de contrato utilizados por el Patronato unos plazos, superados los cuales daban ocasión a que esta causa resolutoria operara. El nuevo modelo nada dice, por lo que creemos conveniente su modificación para dar entrada a aquéllos plazos, hasta tanto este extremo quede recogido normativamente.

8. Pérdida de los requisitos para ser beneficiario, causa acogida en el art. 29 del Reglamento de 1949, y que nos remite al art. 4 del mismo, en

donde se especifican los requisitos que debe reunir el beneficiario de Casas del Aire. Hay que indicar que esta es una causa de resolución genérica, en la que obligatoriamente han de tener cabida diversos supuestos resolutorios ya examinados. Así, qué duda cabe que, por ejemplo, el arrendatario que pase a excedencia voluntaria por haber ingresado en otro Cuerpo del Estado, ello comportará la extinción del arrendamiento, no sólo porque él pase a esa situación, sino porque igualmente pierde la condición de beneficiario, que no recuperará hasta que ingrese en su Escala o Cuerpo de origen. Y lo mismo cabe decir del arrendatario que llega a tener en propiedad en la misma localidad una VPO, que tampoco recuperará tal condición de beneficiario hasta que enajene dicha VPO, o sea destinado a otra localidad distinta, ponemos por caso. También pierde la condición de beneficiario el personal laboral fijo que, estando destinado en un establecimiento militar del Aire es trasladado a otra unidad del Ejército de Tierra o de la Armada. Dada la especial incidencia de estas causas resolutorias, hemos preferido analizarlas por separado, precisamente en los lugares en donde aparecen en este estudio, por lo que, vaciada de contenido en gran parte la causa que ahora examinamos, únicamente queda especificar como causas de pérdida de la condición de beneficiario no estudiadas en otro lugar:

a. Que el arrendatario llegue a ocupar por razón de su destino o cargo, Casa de Cargo o Pabellón Militar (art. 4-1<sup>a</sup>-b del Reglamento de 1949), entendiéndose por tales aquella vivienda o alojamiento en Pabellón especialmente reservados para quien desempeñe un puesto determinado, normalmente de especial relevancia, como pudiera ser el Jefe de una Unidad, u otros similares.

b. Que el beneficiario-arrendatario llegue a tener un estado civil que no sea el de casado. En efecto, quien siéndolo enviude o se divorcie o llegue a ser nuevamente soltero como consecuencia de una sentencia de nulidad del matrimonio, deja de ser beneficiario, y por ende, su contrato quedará extinguido, con la excepción en todos los casos, de que continúe con familia a su cargo (art. 4-1<sup>a</sup>-c y 2<sup>a</sup> del Reglamento de 1949, tantas veces citado). En caso de separación judicial la solución es más dudosa, pues el vínculo matrimonial subsiste, es decir, se sigue ostentando el estado civil de casado, pero puede ser que ya no se tenga familia a cargo, expresión reglamentaria que debe ser entendida en el sentido amplio, poco jurídico si se quiere, de que no haya personas que a tenor de la sentencia de separación vayan a convivir con el arrendatario. Claramente la esposa no convivirá y los hijos menores, dependerá de lo que en dicha sentencia se disponga, por lo que habrá que estar al caso concreto para determinar la extinción o no del vínculo arrendaticio.

9. La falta de pago de la renta. Nada dice el Reglamento de 1949, pero es claro que ésta debe ser causa de resolución. Por lo demás, así se expresa el art. 114 de la LAU, y el art. 30-1 del Decreto 2960/1976 de 12 de noviembre, citado más arriba, prevé esta falta de pago como causa para promover

el desahucio. Debe por último señalarse aquí que la falta de pago de cualquiera de aquellas cantidades por conceptos o cargos que correspondan al inquilino (asimilados a la renta, en terminología ya tradicional) operaría igualmente como causa resolutoria.

10. Subarriendo total o parcial de la vivienda, así como cesión de la misma, y tenencia de huéspedes. Se trata realmente de tres causas diferentes, que agrupamos en esta exposición por razones de semejanza entre ellas, y que se encuentran contenidas en el art. 30-7ª del Decreto 2960/1976, y en los arts. 114 de la LAU. Ciertamente la LAU considera como causas resolutorias el subarriendo, la cesión y la tenencia de huéspedes de modo distinto al autorizado. Sin embargo, aunque el Reglamento de 1949 nada dice sobre este extremo, los modelos de contrato utilizados actualmente por el Patronato del Aire establecen la prohibición de llevar a cabo subarriendos totales o parciales sin otra especificación, por lo que entendemos que cualquier acuerdo de este tipo que se lleve a cabo entre el arrendatario y un tercero, motivará la extinción del arrendamiento.

11. Declaración de ruina de la finca, una vez tramitado el correspondiente expediente administrativo. Nada dice la normativa del Patronato, pero consideramos que tal causa operará sin duda en relación con las viviendas del Aire (art. 114 de la LAU).

12. Pérdida o destrucción de la vivienda (art. 118 LAU).

13. Mutuo acuerdo entre el Patronato y el arrendatario.

14. Cumplimiento de plazo, si éste ha sido fijado en el contrato. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dada la finalidad de servicio público que cumplen las viviendas del Aire, el Patronato debe mantener en el uso y disfrute de la vivienda al arrendatario mientras no varíen las circunstancias que motivaron que se suscribiera en su día el oportuno contrato. Por ello, normalmente, los contratos se celebrarán por tiempo indefinido (no es otra cosa lo que quiere decir la cláusula 1ª del actual modelo de contrato, de pésima redacción), aunque se conceda la facultad al arrendatario de denunciar o resolver unilateralmente el contrato como beneficiario o usuario de ese servicio público. Por ello,

15. Resolución unilateral por parte del arrendatario en los términos que se acaban de exponer, facultad que deberá venir recogida en el propio contrato, y cuyo ejercicio normalmente estará supeditado a un preaviso, y, en su caso, indemnización.

16. Cumplimiento de condición resolutoria, si ha sido fijada en el contrato, lo que, por otro lado, no será frecuente en la práctica.

## EL DESAHUCIO

Las únicas referencias en relación con el desahucio que se encuentran en la legislación sobre Casas del Aire, son las contenidas en el art. 56 del

Reglamento orgánico del Patronato de Casas del Aire, aprobado por Decreto 3264/1970, de 29 de octubre, y en el art. 30 del Reglamento de 1949, en la redacción dada al mismo por la Orden Ministerial 376/1975, de 8 de febrero.

El primero de ellos autoriza al Patronato, como organismo promotor de VPO, a tramitar expedientes administrativos de desahucio, respecto a los arrendatarios que incurran en las causas de desahucio previstas en la legislación sobre VPO. El art. 30 del Reglamento de 1949 regula los trámites que el Patronato debe seguir en la instrucción de estos expedientes administrativos.

La primera pregunta que surge es la de si el Patronato, a pesar de la redacción terminante del art. 56 del Reglamento orgánico, está facultado para instruir o tramitar esos expedientes administrativos de desahucio de los que antes hablábamos. No había duda alguna en que la respuesta a ésta interrogante debía ser afirmativa, a la luz de lo dispuesto en el Reglamento de VPO del año 1968, que en su art. 142 permitía tanto al Instituto Nacional de la Vivienda, como a los promotores de aquellas viviendas, entre los que se encuentra el Patronato del Aire, tramitar estos expedientes administrativos de desahucio. Sin embargo, el Reglamento de VPO ha sido derogado en parte en esta materia por el texto refundido de la legislación de VPO aprobado por Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, que en su art. 30, después de afirmar que el desahucio de los arrendatarios que ocupen viviendas que sean de la propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda y de los promotores que cita (entre los que sigue encontrándose el Patronato de Casas del Aire), *podrá ser acordado, previo el correspondiente expediente Administrativo*, por el Instituto Nacional de la Vivienda, nada establece, sin embargo respecto a la tramitación de estos expedientes, por lo que cabe deducir de ello que la competencia para tramitar o instruir dichos expedientes recae exclusivamente en aquél Instituto, ya que es el competente para resolverlos.

Pero, como quiera que el propio texto refundido, en su disposición final primera establece que hasta tanto no se dicte la correspondiente norma reglamentaria (que aún no ha sido dictada), seguirá siendo de aplicación el Reglamento de 1968, en cuanto fuere compatible con la nueva legislación, de ello se desprende en buena lógica que los arts. 142, 143 y 144 del citado Reglamento podrán seguir aplicándose, y por ende, el Patronato continuará, como promotor de VPO, teniendo la competencia para tramitar los expedientes administrativos de desahucio, aun cuando la resolución de los mismos competa al Instituto Nacional de la Vivienda, solución ésta que por otro lado permitiría seguir aplicando el art. 30 del Reglamento de 1949, que como se ha dicho establece los trámites que debe seguir el Patronato en los expedientes de desahucio, que son sustancialmente idénticos a los contenidos en el art. 142 del Reglamento de VPO, y que únicamente suponen o contienen una adaptación de la tramitación prevista en éste artículo a las

particularidades propias del Patronato, sin que ello reporte variación esencial con respecto a la legislación general (la de VPO), variación que por otro lado no podría llevarse a cabo, dado el carácter de norma de menor rango del Reglamento del año 1949 con respecto al Reglamento de VPO.

Otro problema que se plantea en relación con el desahucio es el de determinar cuál es el procedimiento aplicable al mismo, cuestión ésta del procedimiento que está indisolublemente ligada a la referente a las causas por las que opera el desahucio de las viviendas del Aire. Sabido es que el desahucio es impensable sin que previamente haya quedado resuelto el arrendamiento, por lo que procede cuando tal contrato se ha extinguido, constituyéndose el objeto de este proceso especial la pretensión de devolver al arrendador el objeto arrendado. Sentado lo anterior, debe concluirse que una vez que el contrato se haya resuelto por cualquiera de las causas que hemos examinado en el epígrafe anterior, si el arrendatario no desaloja la vivienda voluntariamente, el Patronato podrá instar la declaración de desahucio y el posterior lanzamiento de la misma de aquél.

Pues bien, examinando la cuestión referente al procedimiento que puede utilizarse para conseguir el desahucio, el Patronato podrá acudir al procedimiento judicial del desahucio, regulado en los arts. 1570 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o al administrativo representado por los expedientes de desahucio, que ya conocemos, dependiendo de la naturaleza de la causa por la que aquél proceda. Así se desprende de la lectura del art. 30 del Texto Refundido de la legislación sobre VPO, sin que la normativa referente a las Casas del Aire contemple expresamente esta disyuntiva, aunque el art. 56 del Reglamento orgánico, al afirmar que el Patronato podrá tramitar los oportunos expedientes administrativos, da a entender tácitamente que el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil es igualmente aplicable o utilizable por el Patronato en el desahucio de los arrendatarios que ocupen sus viviendas, lo que no podía ser de otra manera, como más adelante veremos.

Decíamos que el Patronato tiene abierta una doble vía, según la causa por la que el desahucio procede. En efecto, si se trata de las causas establecidas en la legislación común, en expresión del art. 30 citado, el patronato deberá ineludiblemente formular la correspondiente demanda ante la Jurisdicción Ordinaria, que dará origen al proceso especial de desahucio que se sustanciará por las reglas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A nuestro modo de ver, esa legislación común estará constituida por las normas civiles contenidas en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil e incluso en la LAU que, como sabemos, aunque su aplicación está excluida por la legislación del Patronato, sin embargo, en materia de resolución del contrato, entendemos, según se expuso, que debe ser considerada como

supletoria, y en consecuencia, legislación común en relación con la de las Casas del Aire, y más ampliamente, con la de VPO.

Pero al lado de estas causas comunes, el tan citado art. 30 relaciona una serie de causas especiales (que el precepto considera como causas de desahucio, y que, según creemos, hay que entender como causas de resolución del arrendamiento que permitirán el desahucio, con alguna excepción, que comentaremos brevemente más abajo). Estas causas especiales son:

a. Falta de pago de las cuotas debidas por renta, y otras complementarias de servicios (asimiladas a la renta en la terminología de la LAU).

b. Extinción de la relación laboral o de empleo entre el arrendatario y el propietario, cuando dicha relación hubiera sido la determinante de la ocupación de la vivienda. Muy brevemente, diremos que en la práctica esta causa únicamente podrá operar cuando el arrendatario sea personal laboral relacionado con el Patronato con un contrato de trabajo (porteros, conserjes, etc.), dada la inexistencia de funcionarios propios del Patronato. No debe entenderse nunca practicable en los supuestos de cese de la relación jurídica existente entre el beneficiario-arrendatario y el Ejército del Aire.

c. Causar el arrendatario, su familia o servidores deterioros graves en el inmueble.

d. Infracción grave o muy grave de las prescripciones legales o reglamentarias en materia de VPO.

e. Cuando las viviendas no constituyan domicilio permanente del arrendatario.

f. Subarriendo total o parcial de la vivienda.

También señala el precepto otra causa de desahucio (aquí sí procede la utilización de éste término, ya que no existe un arrendamiento previo), consistente en la ocupación de la vivienda sin título legal para ello, entendiéndose por ocupante el que disfrute o tenga en precario la finca "sin pagar merced", según la Ley de Enjuiciamiento Civil, supuesto éste del que simplemente dejamos constancia, pues queda fuera del ámbito de este trabajo.

En cualquiera de estos casos, el Patronato podrá optar entre acudir al procedimiento judicial o al expediente administrativo de desahucio, doble vía que igualmente podrán utilizar el Instituto Nacional de la Vivienda y los demás promotores de VPO que aparecen relacionados en el art. 30 del Decreto de 1976, según señala el art. 142 del Reglamento de VPO del 1968. Lo normal es que el Patronato se incline por la tramitación del expediente administrativo, lo que permitiría contar con la declaración de desahucio, posiblemente en un plazo de tiempo más breve que el que tardaría en producirse la misma declaración judicialmente, amén de conservar frente al arrendatario durante la tramitación de aquél, esa posición prevalente, propia de toda administración pública. Sin embargo, otras consideraciones que luego veremos, podrían desaconsejar la utilización de ésta vía.

Como se aprecia del examen de las causas recién expuestas, alguna de ellas, por no decir la mayoría, son también causas de extinción del arrenda-

miento según la legislación común que antes señalábamos. En efecto, la falta de pago de la renta, o causar daños o deterioros graves en el inmueble, aparecen recogidos tanto en la LAU como en el art. 30 del Decreto que comentamos. En estos casos, por razón de especialidad es de preferente aplicación el precepto mencionado, y por tanto el Patronato podrá acudir a la incoación del expediente administrativo según se ha expuesto.

Por último, resulta que existen otra serie de causas extintivas recogidas exclusivamente en la normativa relativa a las Casas del Aire, causas que ya conocemos, y que también pueden en buena lógica, motivar el desahucio, que deberá conseguirse por parte del Patronato acudiendo al juicio de desahucio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, extremos sobre el que nada dispone aquella legislación, y que entendemos debe ser tratado de la manera expuesta, dada la aplicación restrictiva que debe hacerse de la legislación de VPO.

Así pues, y resumiendo lo expuesto, cuando las causas por las que proceda el desahucio sean de las comprendidas o establecidas tanto en la propia normativa sobre Casas del Aire, como en la legislación común (teniendo en cuenta el alcance que a esta expresión se ha dado), el desahucio deberá tramitarse conforme a las reglas establecidas para este juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y *unicamente cuando las causas sean de las recogidas en la legislación sobre VPO* será cuando el Patronato, como organismo promotor de dichas viviendas, podrá optar entre promover dicho juicio o incoar el expediente administrativo, que será resuelto por el INV.

Abordando a continuación el tratamiento de las principales o más interesantes cuestiones que pueden plantearse en la tramitación de los expedientes administrativos de desahucio, resulta interesante destacar que el instructor del expediente podrá serlo cualquier Jefe, Oficial o Suboficial, designado por el Patronato entre quienes presten servicio en el mismo, normalmente en la Delegación a la que pertenezca la vivienda que ha de ser desalojada. Sin embargo, parece aconsejable que el empleo de dicho instructor sea superior o al menos igual al del arrendatario que vaya a ser desahuciado, si éste es militar, lo cual, dada la estructura jerarquizada de los Ejércitos y la disciplina existente consecuencia de la anterior, sin duda favorecerá la labor de aquél.

La tramitación del expediente deberá hacerse por los cauces establecidos en el art. 30 del Reglamento de VPO de 1968, dada la coincidencia de ambos preceptos en este punto, sea cual fuere la causa por la que el desahucio procediere. Sin embargo, se establecen ligeras diferencias en la tramitación del desahucio por falta de pago, en relación con el expediente que podríamos calificar "tipo", aplicable a todas las demás causas, diferencias que básicamente tienen su fundamento en los sucesivos requerimientos de pago que deben hacerse el arrendatario moroso. Por último, ya dijimos que la resolución de estos expedientes corresponde al INV, al que el Patronato

deberá remitir el expediente instruido por conducto del Ministerio de Defensa.

En caso de aprobarse el desahucio, el lanzamiento correrá a cargo del propio Patronato, que deberá designar la persona que lo haya de llevar a cabo, normalmente cualquiera destinada en la Delegación afectada, a quien acompañarán aquellas otras necesarias para llevar a cabo las tareas de desahucio. Los preceptos antes citados prevén incluso la facultad del Patronato de impetrar el auxilio de los Agentes de la Autoridad. Normalmente estará al alcance del Patronato solicitar la ayuda de la Policía Aérea, a fin de que garantice que el acto del lanzamiento se va a poder llevar a cabo. Sin embargo, estimamos no aconsejable esta medida, aun contando con el carácter de Agentes de la Autoridad atribuido a los miembros de aquélla por el art. 451 del RD. 494/1984, de 22 de febrero que aprueba las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, y ello teniendo en cuenta el posible mal efecto que pueda producir la presencia e intervención de esta fuerza militar en un acto como el que comentamos. Juzgamos preferible la intervención de la Policía Nacional, dado que este tipo de actuación tiene plena cabida entre las propias de dicho Cuerpo, circunstancia que no concurre en la Policía Aérea. De todas maneras, puede representar para el Patronato un problema conseguir el concurso de aquélla, ante la inexistencia de resolución judicial de ningún tipo. Quizás la intervención conjunta de los Ministerios de Defensa, Obras Públicas y Urbanismo e Interior pudiera dar como resultado la actuación de dicha Fuerza de Seguridad del Estado en estos casos.

Planea en todo este asunto la posible inconstitucionalidad del acto de lanzamiento del arrendatario que se resiste a abandonar la vivienda, para el que hace falta que quienes deban llevarlo a cabo materialmente entren en el domicilio contando con la previa resolución judicial, según mandato constitucional, resolución judicial inexistente en los casos que estamos estudiando.

Una vez acordado el desahucio, y con independencia de que el arrendatario desahuciado decida interponer los recursos procedentes, el Patronato podría dirigirse al Juez solicitando la autorización judicial que comentábamos, acompañando la resolución administrativa de desahucio, que lógicamente deberá ser motivada. Pero ¿hay seguridad de que el Juez la vaya a conceder? ¿no sería preferible no iniciar toda la vía del expediente administrativo, no sea que una vez llegado el momento supremo, hacia el que aquél se dirige, es decir, el lanzamiento, este no pudiera llevarse a cabo? Desde luego, el Patronato tiene a su favor la presunción de legitimidad de los actos administrativos, pero eso no empece que la opción entre la vía judicial y el expediente administrativo deba ser meditada, y si existen argumentos a favor del expediente, también los hay en contra.

Corresponde en este apartado tratar de la posibilidad de combatir las decisiones del Patronato de Casas del Aire, en su doble vertiente administrativa y judicial.

La primera puntualización que debe hacerse hace referencia a que, dado el carácter de Administración Pública del Patronato, en principio sus actos y decisiones son recurribles en vía administrativa, y únicamente cuando se haya agotado aquella vía quedará expedita la judicial. Y la segunda, al hilo de la anterior, es que obviamente aquí nos interesa sólo la posibilidad de recurso de aquellos actos y decisiones que afectan o están relacionados con los contratos de arrendamiento suscritos por el Patronato, tanto en su período de preparación como una vez celebrados, hasta su extinción.

Conveniente en este punto es recordar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento objeto de este estudio, cuestión que más arriba se abordó y en la que nos pronunciamos por el carácter administrativo de este contrato, dada su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público, como es el de proporcionar alojamiento en todo momento a los *militares con familia a cargo*, en las plazas de su destino, dada la tradicional movilidad de estos funcionarios.

Decíamos que era conveniente tener presente la solución que se había dado a aquella cuestión, pues en principio ella nos podrá orientar sobre cuál sea el procedimiento para agotar la vía administrativa, e igualmente sobre la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones deducidas en relación con estos contratos, dada la diferenciación de régimen jurisdiccional existente para los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. Sin embargo, si examinamos atentamente la redacción del art. 3-a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece: "La Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de:

a. Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras o servicios públicos de toda especie", observamos que este precepto prescinde de la naturaleza jurídica del contrato a la hora de determinar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y hace depender ésta de la finalidad de obras o servicios públicos del contrato celebrado por la Administración Pública, lo que, además de seguir la tradición de nuestro Derecho, proporciona la ventaja de obviar la polémica existente desde antiguo sobre la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por la Administración.

Ciñéndonos al contrato objeto de nuestro trabajo, nada impide que atribuyamos la competencia para conocer de las cuestiones referentes al mismo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tanto como consecuencia de su consideración como contrato administrativo al amparo de lo establecido

en el art. 4 punto 2 de la Ley de Contratos del Estado (y parece oportuno recordar igualmente el art. 19 de este mismo texto legal, que dispone que "las cuestiones litigiosas... sobre los contratos administrativos serán resueltas por el órgano de contratación... y contra sus acuerdos habrá lugar a recurso contencioso-administrativo..."), como prescindiendo de esta consideración, al estimar que este tipo de arrendamiento tiene por finalidad un servicio público, entendido, como lo ha hecho siempre la Jurisprudencia, no en sentido técnico, como gestión de servicios públicos, sino en sentido amplio, como giro o tráfico peculiar de la Administración, como ya se expuso.

Por otro lado, y sentado lo anterior, no podemos olvidar la técnica revisora propia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que serán las decisiones y actos de la Administración en relación con el arrendamiento (con las cuestiones referentes a los distintos aspectos de la vida contractual, más bien) los que serán objeto de la demanda contenciosa. Muy claramente se expresa el art. 19 de la Ley de Contratos del Estado al decir que:

"Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos serán resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa, y contra los mismos habrá lugar a recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto por la Ley reguladora de dicha Jurisdicción".

Por último, señalaremos que huelga en el presente caso tratar de la diferenciación del régimen jurisdiccional existente según la naturaleza del contrato en cuestión, diferenciación que, como es sabido, no alcanza a lo referente a la preparación y formación de aquél, aspectos de los que es siempre competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y tal problema decimos que carece de relevancia dado el carácter administrativo, según se ha visto, de éste arrendamiento especial.

En otro orden de cosas, y en relación con la vía administrativa, son pocos los preceptos contenidos en la normativa sobre Casas del Aire. Así, el art. 67 del Reglamento orgánico establece que contra los actos o resoluciones de la Gerencia podrá recurrirse ante el Consejo Directivo, y contra los acuerdos y resoluciones de éste, ante el Ministro, siguiéndose los trámites previstos en las disposiciones vigentes sobre procedimiento administrativo. Por último, los arts. 18, 32 y 33 del Reglamento de 1949, en la redacción dada a los mismos por la O.M. de 24 de diciembre de 1962, reproducen la posibilidad de recurrir la decisión de la Gerencia ante el Consejo Directivo, y las resoluciones de éste ante el Ministro en alzada. Debemos, pese a la primera impresión de ausencia de interrogantes en este punto, efectuar varias consideraciones. En efecto, los artículos del Reglamento de 1949 recién comentados se refieren a la posibilidad de recurso contra las decisiones de la Gerencia relacionadas con el levantamiento de las actas de ocupación y desocupación (art. 18), constitución de fianzas y aplicación de la misma a cubrir los daños ocasionados en el inmueble por el uso indebido del mismo

(art. 18), determinación de los gastos de mantenimiento y conservación (reparaciones) a cargo del Patronato y de los inquilinos (art. 32) y, en general, adjudicación de viviendas (art. 33). Como vemos, se trataría de actos y decisiones que versarían, unos sobre la preparación y adjudicación del contrato de arrendamiento (art. 33), y otros sobre efectos y extinción (arts. 18 y 32), que por otro lado no tiene mayor alcance, teniendo en cuenta la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con todas las cuestiones relacionadas con este contrato de arrendamiento, dado su carácter administrativo.

En segundo lugar, también interesa destacar que el Ministro ante el que debe interponerse el recurso de alzada que antes se ha citado es, obviamente el de Defensa, al haber desaparecido el Ministerio del Aire, primitivamente competente, y que inicialmente ostentó la tutela sobre el Patronato de Casas Militares.

Por último, la normativa del Patronato en esta materia no hace sino seguir las pautas contenidas en los arts. 76 y siguientes de la Ley de Entidades Estatales autónomas, que, como es sabido, no contiene previsiones específicas en relación con los recursos administrativos que cita, comparándolas con las establecidas en la propia Ley de Procedimiento Administrativo; y en lo que respecta, en concreto, al recurso de alzada, el art. 76-2 establece que, siempre que en la legislación aplicable no se especifique otra cosa, corresponderá al Ministro del Departamento a que el organismo esté adscrito, conocer del recurso de alzada contra los actos del órgano supremo del mismo, que es precisamente lo que prevén, como hemos visto, los artículos de los Reglamentos Orgánico y de Régimen y Adjudicación que hemos estudiado.

Agotada la vía administrativa, el interesado puede acudir a los Tribunales de Justicia, en concreto a los órganos judiciales del orden Contencioso-Administrativo que son los que ostentan la competencia para conocer de las demandas interpuestas contra los acuerdos de la Administración en relación con estos contratos. De conformidad con lo establecido en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y teniendo en cuenta que la decisión administrativa contra la que se interpondrá el recurso contencioso será siempre la resolución ministerial expresa o tácita del recurso de alzada del que antes hemos hablado, entendemos que serán los Tribunales Superiores de Justicia, y no la Audiencia Nacional, los competentes para conocer de éstas pretensiones, al ser el acto emanado del Ministro de Defensa confirmatorio en vía de recurso administrativo, del dictado por un órgano distinto, en este caso el Consejo Directivo del Patronato, según se desprende del art. 66 de la LOPJ. Y por lo que respecta al Tribunal Superior de Justicia que de manera concreta deba conocer de estos asuntos entendemos que podrá serlo cualquiera, al amparo de lo dispuesto en el art. 74-1.a de la citada Ley Orgánica, pudiéndose atribuir la competencia, ante el silencio legal, a aquel Tribunal Superior en cuya circunscripción se hubiere realizado el acto impugnado.

## EL DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA EN TIEMPO DE GUERRA

Juan M. GARCÍA LABAJO  
*Comandante Auditor*

### 1. INTRODUCCION

La del ejercicio y régimen jurídico de la objeción de conciencia en tiempo de guerra es cuestión ayuna en nuestro Derecho, legal y doctrinalmente, de un tratamiento sistemático y acabado, cuando es así que es justamente en la realización de la hipótesis bélica cuando el contenido esencial de aquel derecho reconocido en el art. 30.2 de la Constitución Española adquiere su máxima virtualidad y sentido, cual es el de decidir en favor de la libertad de conciencia del individuo el conflicto real, y no meramente conjeturado, que surge entonces entre esta última y el interés colectivo de la Defensa Nacional, también constitucionalmente protegido en los arts. 8 y 30.1 CE.

En la que, sobre ser sin discusión la más actualizada y reciente, constituye también a nuestro parecer la mejor y más extensa obra de doctrina patria sobre la objeción de conciencia, MILLAN GARRIDO (1) dedica apenas un par de páginas a la cuestión que ahora nos planteamos; y con dos solas citas, por cierto (2), en las que recoge toda la anterior producción de nuestra literatura jurídica en torno a ella, lo que avala la anterior afirmación que al principio hicimos sobre la parquedad del tratamiento doctrinal de la misma.

El legislador, por su parte, no se ha mostrado tampoco más prolífico y tan sólo en dos pasajes de los textos legales sobre la materia alude a la repetida cuestión que ahora nos ocupa. El primero se encuentra en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, a tenor de cuyo art. 6º. 4 consistirá necesariamente esta última en tiempo de guerra en el desarrollo de actividades de

(1) MILLAN GARRIDO, Antonio "La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación sustitutoria. Su régimen en el Derecho positivo español", Tecnos, Madrid, 1990.

(2) Las de FORASTER SERRA, M. "La objeción de conciencia al servicio militar", Hel-las, Barcelona, 1987 y PELAEZ ALBENDEA, F.J., "La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

protección y defensa civil. El otro se nos aparece en el art. 2º.4 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, reguladora del régimen de recursos y del régimen penal de la objeción de conciencia, donde la guerra se toma como circunstancia especial de penalidad, agravatoria de las sanciones legalmente señaladas en los anteriores apartados del artículo para los tipos penales que en los mismos se definen. de ausencia injustificada, falta de incorporación y negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria.

Lo que las leyes no acaban de definir ni establecer expresamente, en especial la primera de aquellas, la Ley 48/1984 (LOC) es si, llegada la guerra, podrá o no ejercitarse durante la misma el derecho en cuestión, a quiénes alcanzará el mismo, en su caso, ni cuál sea la precisa consistencia y la configuración orgánica de aquellas actividades de protección y defensa civil que en tal caso habrán de desarrollar los prestacionistas. A esta triple cuestión nos referiremos por su orden en los siguientes apartados.

## 2. EJERCICIO DEL DERECHO EN TIEMPO DE GUERRA

Guste o no, es hoy ya un hecho incontrovertible para el jurista, desde que nuestro Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la materia en sus Sentencias núms. 160 y 161/1987, ambas de 27 de octubre (3), el de que la objeción de conciencia en el Ordenamiento positivo español se configura como un derecho que otorga a su titular la facultad de obtener una declaración de exención del servicio militar (4) y cuyo ejercicio se encuentra, además, sujeto a término y modo, como garantía de que dicha facultad se opere únicamente "por motivos de conciencia" (5).

Así, en primer lugar, el derecho podrá ejercitarse, conforme al art. 1º.3 LOC, "hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas y, una vez finalizado éste, mientras se permanezca en la situación de reserva". De donde se deduce, *a sensu* contrario, que no podrá aquél ejercitarse durante el período de servicio en filas. De manera que, en materia de objeción de conciencia, dos de las tres "situaciones militares" o "situaciones administrativas" que conoce la legislación del servicio Militar –a saber: "disponibilidad", "actividad" y "reserva" (6)– representan, en nuestra opinión, el cumplimiento del término, inicial o final, según los casos, a que el derecho en cuestión viene legalmente sujeto.

(3) Suplemento al B.O.E. núm. 271, de 12 de noviembre de 1987.

(4) STC 160/1987. Fundamento jurídico 3: "... su núcleo o contenido esencial –aquí su finalidad concreta– consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria".

(5) Preámbulo de la LOC: "Los principios que inspiran el texto son fundamentalmente cuatro: (...) En tercer lugar, la previsión de garantías suficientes para asegurar que la objeción de conciencia no será utilizada, en fraude de la Constitución, como una vía de evasión del cumplimiento de los deberes constitucionales".

(6) Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, art. 25.2: "El Servicio Militar comprende las siguientes situaciones: a) Disponibilidad. b) Actividad o Servicio en Filas. c) Reserva".

La situación de "disponibilidad" (7), primera en el tiempo, resulta irrelevante a los efectos que estamos considerando. El cumplimiento del término inicial, a partir del cual cabe el ejercicio regular del derecho, no viene determinado por el momento en que se produce el pase a esta situación, el primero de enero del año natural en que el sujeto cumple los diecinueve de edad, sino que la llegada del "*dies a quo*" tiene lugar mucho antes, con el nacimiento de la primera obligación militar de los españoles: el alistamiento (8).

De manera que el derecho a la objeción de conciencia concedido genéricamente a "los españoles" en el art. 30.2 CE se halla legalmente sujeto a un término inicial o suspensivo cuyo cumplimiento viene determinado por el surgimiento de la obligación de inscripción a efectos de aislamiento, por lo que antes del primero de octubre del año natural en que se cumplen los diecisiete de edad, que determina el nacimiento de aquella obligación, no cabe ni puede admitirse lícitamente el ejercicio del derecho, según nuestro criterio (9), de la misma manera que tampoco cabe, por hoy, el ejercicio de este derecho por parte de la mujer, supuesto que la obligación de prestación del servicio militar, de la que aquel derecho no constituye sino una excepción legal, no ha llegado todavía a actualizarse en el momento presente de nuestro Ordenamiento (10).

La situación de "actividad" (11) supone el cumplimiento del término final o resolutorio, si bien con una caracterización jurídica "*sui generis*", por cuanto que no determina la extinción del derecho, sino la suspensión o pendencia del mismo, susceptible otra vez de ejercitarse con la llegada de la situación de "reserva" (12), cuya finalización representa de nuevo el cumpli-

(7) Conforme al Reglamento de la Ley del Servicio Militar, aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, art. 3º.2 a), la situación de disponibilidad "es la comprendida entre el 1 de enero del año en que se cumplen los diecinueve de edad y la fecha en que el recluta debe incorporarse a filas, con el llamamiento que le corresponde, o pasar a la reserva si no ha de prestar servicio en filas. Se encuentran también en esta situación aquellos a los que se les concede una interrupción del servicio en filas desde el momento de su concesión hasta su reincorporación o pase a la reserva".

(8) Art. 8º.2 LSM: "Todos los españoles están obligados, dentro del último trimestre del año en que cumplen los diecisiete de edad, a pedir por sí o por delegación, la inscripción, a efectos de alistamiento en el Ayuntamiento o Consulado correspondiente a su lugar de residencia".

(9) En el mismo sentido, el art. 1º. 2 LOC: "Los españoles sujetos a obligaciones militares que (...) sean reconocidos como objetores de conciencia...".

(10) Disposición Transitoria 2ª LSM: "En tanto no se promulgue la Ley citada en el artículo 41, las mujeres no procederán a la inscripción que preceptúa el artículo 8º". El art. 41 LSM, por su parte, lo que establece es que "el Servicio Militar de la mujeres será regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional".

(11) Conforme al art. 3º.2 b) RSM, la situación de actividad o servicio en filas "es la comprendida entre la fecha de incorporación a filas en las Unidades, Centros y Organismos de las Fuerzas Armadas (...) y la fecha de pase a la situación de reserva". Según el art. 217.2 del mismo RSM, "el cumplimiento del servicio en filas se iniciará a partir del día de incorporación efectiva a filas en las Unidades o Centros de Instrucción de cada Ejército, de acuerdo con las normas que se dicten al efecto, y finalizará transcurridos los períodos de tiempo señalados en el artículo 4º.2 de este Reglamento" (doce meses, por hoy, en cuanto al personal de reemplazo que cumple el Servicio Militar en su modalidad de servicio obligatorio).

(12) Conforme al art. 3º.2 c) RSM, la situación de reserva "es la comprendida entre el fin de la situación de actividad (...) y el 1 de enero del año en que se cumplen los treinta y cuatro de edad, fecha en que se obtiene la licencia absoluta".

miento del término resolutorio, coincidente esta vez con el de la edad de licencia absoluta, determinada positivamente por referencia al primero de enero del año en que se cumplen los treinta y cuatro de edad, de manera que con la llegada de este "*dies ad quem*" no cabrá ya tampoco ni podrá admitirse el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de los licenciados.

En cuanto al modo, consiste éste en el cumplimiento de una prestación sustitutoria que el declarado exento del servicio militar por razones de conciencia ha de realizar "en beneficio de la sociedad", como se dice en el Preámbulo de la LOC. Luego volveremos sobre la cuestión.

Lo que nos interesa ahora destacar es que se acaba aquí, con el establecimiento del término y modo ya dichos, el sistema de garantías o cautelas con que, por imperativo de la propia enunciación constitucional del derecho (13), el legislador ha rodeado lo que constituye el núcleo o contenido esencial antes también dicho: la facultad de eximirse del cumplimiento del servicio militar por razones de conciencia. Todo lo más, podría entenderse también como un límite que se añadiese a aquellos otros dos del procedimiento de ejercicio del derecho; ejercicio que no es libérrimo, sino que se halla legalmente sometido a unos requisitos procedimentales o de forma "*ad solemnitatem*", a saber: la presentación de una declaración de objeción de conciencia - "solicitud" en la desafortunada terminología legal (14) - ante un órgano administrativo, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, hoy incardinado en el Ministerio de Justicia (15), que a través de un procedimiento del mismo carácter (16) dicta una resolución de efectos meramente declarativos, y no constitutivos, del derecho ejercitado por el interesado, que reconocerá así el Consejo cuando los motivos alegados por el declarante sean verdaderos y válidos, denegando dicho reconocimiento en caso contrario. La validez del título depende de su conformidad o no con el elenco de motivos de conciencia que, de manera amplia y por otra parte meramente

(13) Art. 30.2 CE: "La Ley (...) regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia...".

(14) STC 160/1987, F.J. 5 a): "Ciertamente que la terminología legal no es absolutamente precisa (...) es el objeto de conciencia, y sólo él, el que "declara", manifiesta o expresa su condición de objeto, es decir, su oposición al servicio militar por los motivos que le afectan en conciencia".

(15) Disposición Adicional 1 del R.D. 1519/86, de 25 de julio, sobre reestructuración de Departamentos Ministeriales.

(16) La configuración administrativa, y no jurisdiccional, del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objeto de conciencia, constituye a nuestro entender un desacierto. Como acto de jurisdicción voluntaria podría haberse atribuido esta materia a la competencia de los órganos jurisdiccionales, sobre todo si se repara en la relación de semejanza que guarda la misma con las llamadas "Informaciones para dispensa de ley" que hoy duermen el sueño de su "*desuetudo*" en el Título VIII del libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1980 y siguientes). Un procedimiento similar, con intervención desde un primer momento del Ministerio Fiscal, ineludible a nuestro juicio en esta materia, conforme al art. 124 CE, hubiese resultado más conveniente. De hacerse contencioso el expediente, por la oposición de aquél, se seguirían los trámites de la Sección Tercera de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

ejemplificativa, se recoge en el art. 1º.2 LOC: "en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza" (17). La existencia o no, real y verdadera en la intimidad del declarante, de los motivos alegados en la declaración es ya una "*questio facti*"; de difícil probanza, por cierto. De ahí el sistema de inversión de la carga de la prueba que se sigue en los arts. 3º.2 y 4º.2 LOC. Con arreglo a los mismos, en relación también con los arts. 43 y 88 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, será el Consejo el que tenga que aportar en la instrucción las pruebas y que motivar en la resolución los fundamentos de convicción contrarios a la existencia del título invocado en la declaración.

Y he aquí finalmente que, salvo término, modo y forma o procedimiento, ningún otro límite se impone más al ejercicio del derecho constitucional a la objeción de conciencia. La guerra, que ahora nos ocupa, no está configurada como tal. En todo tiempo, y también el de guerra, podrá ejercitarse el derecho en cuestión. Así resulta, a nuestro parecer con toda claridad (18), de la triple consideración que sigue.

En primer lugar, porque la hipótesis bélica está expresamente contemplada, según antes dijimos, en el art. 6º.4 LOC: "En tiempo de guerra, la prestación social sustitutoria consistirá necesariamente en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil". En opinión de MILLAN (19), dicho precepto estaría básicamente referido a quienes antes de la guerra hubiesen sido reconocidos objetores de conciencia y declarados exentos del servicio militar; no ampararía, en cambio, a quienes pretendiesen dicho reconocimiento dentro de la misma. No compartimos con dicho autor la manera de entender este art. 6º.4 LOC, que en su literalidad para nada se refiere a los objetores de antiguerra.

En segundo lugar, porque el ejercicio y efectividad de este derecho tan repetido no se subordina a la paz en su enunciación constitucional del art. 30.2 CE, ni aparece tampoco entre aquellos derechos fundamentales que son susceptibles de suspensión durante los estados de anormalidad en la vida del Estado, conforme el art. 55.1 CE. Si se tiene además presente que en nuestra teoría positiva de los derechos fundamentales la guerra es un

(17) En base a esta última coletilla —"u otros de análoga naturaleza"— llega MILLAN, op. cit., pág. 176, a entender admisibles en nuestro Derecho las llamadas "objeción selectiva" y "objeción técnica". La primera —dice— "supone el rechazo total al servicio militar prestado en determinadas condiciones; por ejemplo, en tanto el Estado se encuentra integrado en una alianza militar específica o posea armamento nuclear". La objeción técnica deriva, en síntesis, de una convicción doctrinal sobre la absoluta inoperatividad del sistema de conscripción obligatoria para el desarrollo y decisión de los conflictos armados de nuestros días.

(18) En contra, MILLAN GARRIDO, op. cit., pág. 197: Algunas dudas puede otrecer, por su insuficiente regulación en nuestro Ordenamiento, el ejercicio del derecho de objeción de conciencia en tiempo de guerra". Su opinión, sin embargo, es finalmente afirmativa: "en tiempo de guerra el derecho constitucional de objeción de conciencia podrá ejercerse en los mismos términos y condiciones establecidos para el tiempo de paz". Ibidem, págs. 198-199.

(19) Op. cit., pág. 198: "Con esta única previsión normativa (...) determina la ley, siquiera sea básicamente, la situación, en tiempo de guerra, de los declarados objetores con anterioridad a su inicio".

concepto neutro ó "cuasineutro", en cuanto que no determina por sí afectación alguna a tales derechos (20), sino que, llegado el caso y realizada la hipótesis bélica, la suspensión de aquéllos ha de operarse jurídicamente a través precisamente de la declaración del estado de sitio (arts. 116.4 CE y 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, de Excepción y de Sitio), sin que sean en su virtud susceptibles de suspensión otros derechos más que "los enumerados en el apartado 1 del artículo 55 de la Constitución" (art. 13.2,a de dicha Ley orgánica), llegaremos a la conclusión, cierta, de que el derecho a la objeción de conciencia conserva en tiempo de guerra toda su virtualidad y vigencia, lo mismo que en la paz.

Y, finalmente, porque el problema dogmático de la subsistencia del derecho a la objeción de conciencia en tiempo de guerra es cuestión ya resuelta por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional: "...obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra" (STC 160/1987 F.J. 5 c).

A nuestro entender, el principal problema que plantea la guerra en el campo de la objeción de conciencia no es tanto el de si en los términos del "deber ser" resulta lícito y admisible su ejercicio durante la misma, como el de si en el puro terreno de lo fáctico "es" y resulta posible tal ejercicio por quienes no lo hubiesen realizado con anterioridad. La cuestión dogmática se desplaza así del ejercicio del derecho a los sujetos del mismo.

### 3. PERSONAS LEGITIMADAS PARA SU EJERCICIO EN TIEMPO DE GUERRA

No varía en este tiempo, según lo dicho, la generalidad de la atribución formal del derecho a la objeción de conciencia que se realiza en el art. 30.2 CE. En principio, estarán legitimados para su ejercicio todos los españoles sujetos a obligaciones militares (21). He aquí, sin embargo, que la propia manera de ser de las cosas, la fuerza de los hechos restringe considerablemente el espectro de las personas legitimadas para su ejercicio en tiempo de guerra.

Ya dijimos anteriormente que la ley veda el ejercicio del derecho mientras se permanezca en la situación de actividad o servicio en filas. Esta proscripción legal de la llamada "objeción sobrevenida" que se establece en el art. 1º.3 LOC alcanza una especial significación y trascendencia con respecto a los objetores de guerra, cuyas posibilidades numéricas quedarán sensiblemente reducidas en virtud de lo que a continuación expondremos, hasta el punto de poder afirmarse que, llegada la guerra, no resultará apenas factible en la praxis el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por quienes en su día prestaron el servicio militar en tiempo de paz y se hallen todavía en la reserva por no haber cumplido la edad de licencia absoluta.

(20) Salvo lo dispuesto en el art. 15 CE sobre la posibilidad de que las leyes penales militares prevean la imposición de la pena de muerte "para tiempos de guerra".

(21) Vid. supra nota 9.

En efecto, con toda probabilidad serían entonces movilizados los reservistas, en todo o en parte, produciéndose así su reincorporación a filas, con arreglo a las facultades que el Gobierno se atribuyen en los arts. 6º.2.5ª LSM y 234 b/2, RSM. Y la movilización se produce por Real Decreto, es decir, con urgencia. Conforme al art. 4º de la Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional, en el propio Decreto acordatorio de la movilización se "ordenará el alcance de la misma". De manera que el personal perteneciente a los reemplazos que resulten entonces movilizados adquirirá otra vez el fuero y condición militar (arts. 9º, Grupo 2º, y 18 LMN). Habrá que estar, ciertamente, a los términos del Decreto de movilización para la determinación del momento en que se opera en la esfera jurídica del sujeto dicho cambio de "status", puesto que la reincorporación a filas que se ordene en el mismo puede o no coincidir con su fecha de publicación y es justamente la incorporación la que determina la incardinación del personal del Servicio Militar en la situación de actividad y con ello la adquisición del fuero castrense, es decir, la atribución legal de la condición militar a efectos penales y disciplinarios (arts. 10 RSM, 8º.2 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y 3º de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

MILLAN, citando a FORASTER SERRA, sostiene que dicho personal movilizado podrá todavía solicitar su reconocimiento como objetor de conciencia mientras se encuentre pendiente de incorporación (22). Nosotros también así lo creemos, aunque con la doble precisión que sigue y advirtiendo además que, en todo caso, dicha posibilidad será más bien escasa, pues no es presumible que en tales circunstancias de urgencia y necesidad difiera en mucho el día que se fije para la reincorporación del de la fecha de publicación del Decreto en que ésta se ordene.

Hay que precisar, en primer término, que en tal hipotético supuesto la extensión de la situación de pendencia en la incorporación no depende de la voluntad del sujeto, sino que, antes bien, llegado el día señalado para la misma, hayase o no presentado el sujeto en la Unidad Centro u Organismo señalado, se opera jurídicamente con todo aquel cambio de "status", con la consiguiente atribución legal del fuero castrense, o condición militar del sujeto a efectos penales y disciplinarios, y su pase a la situación administrativa de actividad o servicio en filas.

En cuanto a esto último, no debe confundirnos la disposición contenida en el art. 217.2 RSM, a cuyo tenor "el cumplimiento del servicio en filas se iniciará a partir del día de incorporación efectiva a filas en las Unidades o Centros de Instrucción de cada Ejército". Dicha regla, dictada para el supuesto normal de primera incorporación a filas, tiene únicamente la virtualidad de excluir del cómputo de los períodos de tiempo de obligatoria permanencia en aquéllas -doce meses, por hoy, según antes dijimos, en cuanto al

(22) MILLAN GARRIDO, op. cit., pág. 199, nota 68.

personal de reemplazo que cumple el Servicio Militar en su modalidad de servicio obligatorio— los casos en los que, por las causas que fueren, el recluta efectúa su presentación con retraso respecto del día señalado en la orden de incorporación, retraso que, lógicamente, no lo es ni puede serle abonable para el Servicio. No rige, por contra, la regla del art. 217.2 RSM en el supuesto que ahora estamos considerando de segunda o ulterior incorporación a filas del reservista por causa de movilización en cuyo caso la reincorporación se ordena “*sine die*”, es decir, no por un período de tiempo determinado, sino hasta tanto se produzca la desmovilización, por haber cesado las necesidades del conflicto o de la situación que determinaron en su día al Gobierno a reincorporar a filas, o sea, a la situación de actividad, a aquellos que se hallaban ya en la reserva.

En cuanto a lo primero, el art. 128 del Código Penal Militar otorga condición militar a los soldados que, en situación de reserva, fuesen llamados a filas “desde el momento en que tengan obligación de presentarse” (23); bien es cierto que, “*expressis verbis*”, tal atribución de fuero se realiza únicamente “a los efectos de los artículos 124 a 127” del propio Código, entre los que se tipifica, por cierto, el delito de “negativa a la prestación del servicio militar” (24), junto con los de “falta de incorporación a filas” (25), “inutilización voluntaria” (26) y “simulación para eximirse del servicio militar” (27).

Ya en otra ocasión hemos llamado la atención acerca de lo desafortunado y superfluo de esta prescripción legal que con respecto a los reservistas

(23) Sobre este tan debatido precepto del art. 128 CPM, vease el estudio de MARIN CASTAN, Fernando, “Inutilización, simulación y negativa a cumplir el servicio militar. Consideración de militar”, en los “Comentarios al Código Penal Militar”, varios autores coordinados por BLECUA FRAGA y RODRIGUEZ-VILLASANTE, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 1577-1599.

(24) Art. 127 CPM: “El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años. Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra”.

(25) Art. 124 CPM: “El recluta que, citado reglamentariamente, no efectuare sin justa causa, sin incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años”.

(26) Art. 125 CPM: “El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años, si es en tiempo de guerra. En caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior de las antes señaladas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratase de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado”.

(27) Art. 126 CPM: “El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

En las mismas penas incurrirá el personal sanitario que facilitare la simulación”.

que resultan objeto de movilización se contiene en el art. 128 CPM (28). Aun sin ella, el reservista que falta a la llamada de reincorporación a filas adquiere con toda condición y fuero castrense desde el momento en que tenga obligación de presentarse, y no solamente, por cierto, a efectos de aquellas cuatro figuras delictivas antes aludidas, sino, en general, a efectos de todos los delitos militares –“*delicta militaria propria*”–, y, en especial, a los de “abandono de destino” y “deserción” (29). Tal atribución general de fuero y condición militar deriva a nuestro parecer de los arts. 18 de la Ley de Movilización Nacional, antes citada (30), y 8.º 2.º CPM en relación con el 6.º 2.5º LSM y el 10 y 234.b).2 RSM. Por lo demás, que la regla del art. 128 CPM no admite la interpretación a contrario, de que a todos los demás efectos penales que no sean los de los arts. 124 a 127 CPM los reservistas no se consideran militares sino desde el momento de su efectiva incorporación a filas, es algo que se pone de manifiesto por los propios resultados absurdos a los que se llega operando con este desafortunado precepto, que ya en su mera interpretación literal resulta del todo insatisfactorio para la regulación del momento en que el personal movilizado adquiere la condición militar a efectos penales. Se refiere tan sólo a “los soldados que, en situación de reserva, fuesen llamados a filas”, con los que queda literalmente excluído de su ámbito de aplicación todo el personal en situación de reserva del Servicio Militar que ostente categoría o empleo superior al de “soldado” (31). Piensese que en tal situación de reserva del Servicio Militar no sólo queda –al término de la situación de actividad, normalmente– el personal que en su día cumplió el Servicio Militar en su modalidad de servicio obligatorio o voluntario y que pudo alcanzar, por cierto, la categoría de Cabo, sino que también pasarán por disposición de ley a dicha situación el personal de la Instrucción Militar para la formación de Oficiales y Suboficiales de las Escalas de Complemento y Reserva Naval (IMEC e IMERENA),

(28) En el estudio sobre el “Delito de deserción militar”, dentro de los “Comentarios al Código Penal Militar”, antes citados, págs. 1505-1548, nota 44.

(29) Delito de abandono de destino o residencia. Art. 119 CPM: “El Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años”. Delito de deserción. Art. 120 CPM: “Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas.

El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años”.

La deserción del reservista llamado nuevamente a las armas tiene carta de naturaleza en nuestro Derecho nada menos que desde el Código Penal para el Ejército de 1884.

(30) LMN, art. 18: “Fuero aplicable.- El personal movilizado y el militarizado quedará sujeto al Código de Justicia Militar”.

(31) MARIN CASTAN, op. cit., págs. 1598-1599, nos advierte también sobre el dislate de que la redacción del precepto no se refiera igualmente a los marineros.

más los hoy llamados "militares de empleo", que pueden ser de la categoría de Oficial o de la de Tropa y Marinería profesionales (art. 105.2 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional).

Con todo lo cual se quiere poner de manifiesto, precisando la adhesión que antes hicimos al parecer de MILLAN GARRIDO, que, en efecto, el personal movilizado al que nos venimos refiriendo podrá solicitar su reconocimiento como objetor de conciencia mientras se encuentre pendiente de incorporación, pero que, llegado el día señalado para la misma, hayase o no presentado el sujeto a la Unidad Centro u Organismo que se le señale, no estará ya tampoco legitimado para pretender dicho reconocimiento, por encontrarse entonces de nuevo desde este momento en situación de actividad y, en consecuencia, bajo el mandato prohibitivo del art. 1º.3 LOC.

La segunda precisión que hemos de hacer va referida a los efectos de la declaración, o "solicitud" en la terminología legal que en tal hipotético supuesto presente el reservista que ha sido movilizado y se encuentre pendiente de incorporación. Imaginamos que, por largo que sea el plazo concedido para la reincorporación, nunca se extenderá hasta los dos meses. En consecuencia, la presentación de su declaración o solicitud de objeción de conciencia no producirá el efecto prevenido en el art. 2º. 2 LOC de suspender dicha reincorporación a filas del declarante hasta la resolución firme del procedimiento en vía administrativa y, en su caso, contencioso. Por expresarlo gráficamente, el objetor de guerra no se libra de ella.

Legitimadas, pues, para el ejercicio de este derecho a la objeción de conciencia en tiempo de guerra estarán las siguientes categorías de personas:

1º Los españoles, varones, desde el primero de octubre del año en que cumplan los diecisiete de edad, hasta el momento en que hayan de incorporarse a filas.

2º Los reservistas del Servicio Militar que no hayan sido antes movilizados, hasta el primero de enero del año en que cumplan los treinta y cuatro de edad.

En uno y otro caso, habrá además de tenerse en cuenta que cuando la declaración se presente con menos de dos meses de antelación a la fecha en que tengan obligación de incorporarse a filas, el acto de ejercicio de su derecho constitucional no les eximirá jurídicamente de su participación activa en el conflicto armado, ínterin el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia o, en su caso, el Tribunal competente dicte resolución favorable, estimatoria de la pretensión de eximirse del Servicio Militar por razones de conciencia.

Al margen de esto último, merece también que reparemos en la circunstancia, capital a nuestro entender en este estudio que estamos realizando acerca de la solución positiva del conflicto de intereses que surja en caso de guerra entre las necesidades colectivas de la Defensa Nacional y la libertad de conciencia del individuo, de que en el esfuerzo bélico quedan también

comprometidas otras muchas personas –sin distinción de sexo, por cierto– que, aun sin pertenecer a los cuadros de las Fuerzas Armadas, resultan con todo integrantes en tal caso del poder o del potencial militar del Estado y a las que la ley otorga entonces en consecuencia consideración y fuero militar. Nos estamos refiriendo al llamado “personal civil militarizado”.

Conforme a las prescripciones contenidas en el art. 9º de la Ley de Movilización Nacional, que venimos citando repetidamente, dicho personal “es el correspondiente a organismos o empresas movilizadas o militarizadas total o parcialmente, así como el personal civil que preste sus servicios en Ministerios militares o Dependencias de los mismos” entiendase hoy: en el Ministerio de Defensa y organismos dependientes del mismo. Pertenece así dicho personal a dos categorías básicas: a) personal civil del Ministerio de Defensa, laboral o funcional; y b) personal perteneciente a los organismos o empresas que hayan sido objeto de movilización. Con respecto a uno y otro se establece que “quedará equiparado a las categorías militares que corresponda” (art. 9º) y “sujeto al Código de Justicia Militar” (art. 18) –entiendase también hoy, a las leyes penales y disciplinarias militares– y que “no podrá causar baja en sus centros de trabajo o actividad a voluntad propia” (art. 11).

Va de suyo que tal atribución de fuero y condición militar constituye el instrumento jurídico por medio del cual trata el legislador de asegurar, con la amenaza de tan rigurosa represión, la continuidad y la eficacia en el cumplimiento de sus cometidos por parte de este personal civil militarizado, precisamente por lo decisivos que resultan sus servicios para la satisfacción de las necesidades de guerra: las de carácter logístico fundamentalmente, aunque no sólo (32).

Pues bien, a esta contribución directa o indirecta a la acción bélica del Estado no cabe objetar. Constrañido como está en nuestro Ordenamiento el derecho a la objeción de conciencia de los términos del Servicio Militar,

(32) El personal civil del Ministerio de Defensa puede, en efecto, que desarrolle otras misiones: de inteligencia, por ejemplo. En cuanto al personal de empresas objeto de movilización, la previsión legal es bien amplia: “Art. 13. Calificación de bienes.- Las empresas y establecimientos industriales o de servicios de todas clases se clasifican, a efectos de movilización en: a) Militares. Son las fábricas, parques, talleres y establecimientos militares. En ellas podrá trabajar personal obrero militar, civil o de ambas clases. El personal civil mayor de 18 años, y sin distinción de sexo, estará militarizado. b) Movilizadas. Son aquellas intervenidas por el Estado, total o parcialmente, y en las que se establece Dirección y Administración militares, para la producción de bienes de cualquier clase con destino a las Fuerzas Armadas. Desde que se decretase su movilización funcionarán como industrias militares, y su personal mayor de 18 años, sin distinción de sexo, quedará militarizado. c) Militarizadas. Son las que, conservando su Dirección y Administración propias, se utilizan, parcial o totalmente, para la producción de bienes de cualquier clase que se consideren útiles para las situaciones previstas en esta Ley. Su personal mayor de 18 años, y sin distinción de sexo, quedará igualmente militarizado. (...) Los Servicios de carácter público podrán ser movilizadas o militarizados, según se considere de interés para los fines previstos en los apartados b) y c), respectivamente. Su organización y la situación de su personal se ajustarán a lo dispuesto anteriormente para establecimientos industriales”.

del que constitucionalmente se define como una causa de exención (33), no amparará el mismo sino a quien pretenda eximirse de esta "prestación personal fundamental de los españoles a la Defensa Nacional", como se define en el art. 1º LSM "el Servicio Militar en las Fuerzas Armadas". Por lo que hemos de concluir que, al menos en el actual estado de nuestra legislación positiva, el personal civil militarizado contemplado en la Ley de Movilización Nacional no está legitimado para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, por lo mismo de que ni la prestación de su trabajo o actividad constituye el cumplimiento del Servicio Militar, ni se integra tampoco siquiera en los cuadros de las Fuerzas Armadas (34).

#### 4. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA EN TIEMPO DE GUERRA

Ya nos es conocida la previsión legal del art. 6º.4 LOC, según la cual "en tiempo de guerra, la prestación social sustitutoria consistirá necesariamente en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil". Parte de la doctrina ha querido ver aquí una suerte de "militarización" de la prestación social de los objetores en tiempo de guerra (35), tesis que a nuestro juicio no resulta acertada, por cuanto que ni por su propia consistencia, ni por su configuración orgánica, son ni pueden en modo alguno considerarse militares las mencionadas actividades de protección y defensa civil, así en nuestro Derecho Interno como en el Derecho Internacional.

Conforme a las prescripciones contenidas en su Ley reguladora, 2/85, de 21 de enero, la *Protección Civil es un servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración civil del Estado y que constituye un mecanismo de seguridad frente a las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, en las que la vida y los bienes de la población pueden peligrar y sucumbir masivamente, de manera que tiene doblemente por objeto: la prevención de dichas situaciones y la prestación de socorro en los casos en que las mismas se produzcan (Exposición de Motivos, epígrafes I y II y arts. 1º y 2º)*. Uno de estos casos es obviamente el de guerra, para cuyo supuesto dos son, según lo anunciado, las cuestiones que nos interesa descubrir en nuestra legislación interna y en las reglas de Derecho Internacional: objetivamente, en qué consistirán entonces las actividades de protección civil; y subjetivamente, de quién dependerán el personal y los organismos que las realicen.

En cuanto a lo primero, dice la LPC (art. 1º.3) que "sin perjuicio de lo

(33) Vid. *supra*, nota 4.

(34) Art. 9º LMN: "Este personal quedará equiparado a las categorías militares que corresponda, percibiendo emolumentos por su empresa u organismo". Sobre equiparaciones, vease el Decreto de 28 de noviembre de 1942.

(35) Vid. las citas de FORASTER SERRA y de PELAEZ ALBENDEA que recoge MILLAN GARRIDO en las págs. 212 y 213 de su obra "La objeción de conciencia...", tan repetida.

que dispongan las leyes especiales, la protección civil en caso de guerra tendrá por objeto:

- a) La autoprotección.
- b) El servicio de alarma.
- c) Los refugios.
- d) La evacuación, dispersión y albergue.
- e) El socorro, rescate y salvamento.
- f) La asistencia sanitaria y social.
- g) Rehabilitación de servicios públicos esenciales”.

No se trata, a simple vista, de la realización de acciones hostiles ni de apoyo a las mismas, sino más bien de todo lo contrario; esto es: de corregir sus efectos.

De ahí que en la doctrina de Derecho Internacional Humanitario, o Derecho de la Guerra, se conciba y estudie la Protección Civil como un “sistema de corrección”, integrado al decir de SANCHEZ DEL RIO por “medidas para conseguir que los sufrimientos de la población civil, en muchas partes inevitables, sean, al menos, menores” y constituidas por un conjunto de “acciones de apoyo a la población civil con vistas a su supervivencia” (36).

En efecto, el Protocolo I, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y que —no estará de más el recordarlo—, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 11 de abril de 1989 (B.O.E. núm. 117, de 26 de julio), forma ya parte de nuestro Ordenamiento interno con arreglo al art. 96.1 de la Constitución Española, dedica su Título IV a la “Población Civil”. La Sección Tercera de este Título lleva como rúbrica la de “Protección general contra los efectos de las hostilidades” y, dentro de ella, el Capítulo VI (arts. 61 a 67) se refiere a los “Servicios de protección civil”. El art. 61 a) define auténticamente lo que se entiende por “protección civil” en caso de guerra: “el cumplimiento de algunas o de todas las tareas humanitarias que se mencionan a continuación, destinadas a proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades y de las catástrofes y a apoyarla a recuperarse de sus efectos inmediatos, así como a facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia”. El elenco de estas tareas humanitarias, no cerrado por cierto, se contiene en la segunda parte del precepto y coincide básicamente con el art. 1º.3 LPC antes transcrito: “Estas tareas son las siguientes:

- I) servicio de alarma;
- II) evacuación;
- III) habilitación y organización de refugios;
- IV) aplicación de medidas de oscurecimiento;
- V) salvamento;

(36) SANCHEZ DEL RIO SIERRA, Javier. “La Protección de la Población Civil”. Cuadernos de difusión interna del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

- VI) servicios sanitarios, incluidos los de primeros auxilios y asistencia religiosa;
- VII) lucha contra incendios;
- VIII) detección y señalamiento de zonas peligrosas;
- IX) descontaminación y medidas similares de protección;
- X) provisión de alojamiento y abastecimientos de urgencia;
- XI) ayuda en caso de urgencia para el restablecimiento y mantenimiento del orden en las zonas damnificadas;
- XII) medidas de urgencia para el restablecimiento de los servicios públicos indispensables;
- XIII) servicios funerarios de urgencia;
- XIV) asistencia para la preservación de los bienes esenciales para la supervivencia;
- XV) actividades complementarias necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas, incluyendo entre otras cosas la planificación y la organización".

No se trata, pues, de participar de ningún modo en las hostilidades, sino de proteger a la población civil contra los peligros y los efectos de las mismas, única función que las normas del "*ius in bello*" atribuyen a los organismos de protección civil y a su personal, según expresamente se deduce del art. 61 del Protocolo I, antes citado (37).

Es precisamente el carácter humanitario de sus tareas lo que otorga a los servicios de protección civil un estatuto particular en el Derecho de la Guerra, que se caracteriza fundamentalmente por las dos siguientes reglas. En primer lugar, la de que los organismos civiles de protección civil y su personal serán respetados y protegidos y, salvo en casos de imperiosa necesidad militar, tendrán derecho a continuar desempeñando sus tareas, aun en territorio ocupado por el enemigo (arts. 62.1 y 63 PI), lo que tanto vale como decir que sus miembros no podrán ser atacados ni hechos prisioneros. Y en segundo lugar, la de que sus edificios, refugios y material en general, utilizados con fines de protección civil, no podrán tampoco ser atacados ni ser objeto de requisas en perjuicio de la población civil (arts. 62.3 y 63 PI).

Por su parte el art. 66 del Protocolo impone a su vez la obligación de identificación de las personas y cosas antes referidas, por medio del signo distintivo internacional de protección civil —consistente en un triángulo equilátero azul sobre fondo color naranja— y la tarjeta de identidad correspondiente. Pero se trata tan sólo de una medida cautelar de seguridad, no de una condición cuya inobservancia prive de esta especial protección conferida

(37) Art. 61 PI: "b) se entiende por "organismos de protección civil" los establecimientos y otras unidades creados o autorizados por la autoridad competente de una Parte en conflicto para realizar cualquiera de las tareas mencionadas en el apartado a) y destinados y dedicados exclusivamente al desempeño de esas tareas; c) se entiende por "personal" de organismos de protección civil las personas asignadas por una Parte en conflicto exclusivamente al desempeño de las tareas mencionadas en el apartado a), incluido el personal asignado exclusivamente a la administración de esos organismos por la autoridad competente de dicha Parte".

a los organismos civiles de protección civil, su personal, edificios, refugios y material. "La protección -dice el art. 65 PI- únicamente podrá cesar si cometen o son utilizados para cometer actos perjudiciales para el enemigo" y después, además, "de una intimación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efecto".

Consistiendo así tales actividades de protección civil en no otra cosa que en el desempeño de tareas humanitarias, no parece acertada la tesis de la "militaridad" de este tipo de prestación social sustitutoria que a los objetores de conciencia impone en tiempo de guerra el art. 6º,4 de nuestra LOC; pues es visto que las mismas no requieren para nada el empleo de las armas ni suponen tampoco un apoyo a las operaciones militares. Al paso de toda posible consideración contraria a esto último sale expresamente, para negarla con rotundidad, el art. 65.2 c) PI cuando establece que no se considerará acto perjudicial para el enemigo, que haga cesar aquella especial protección, "el hecho de que se realicen tareas de protección civil que puedan beneficiar incidentalmente a víctimas militares, en particular las que se encuentren fuera de combate".

· Veamos ahora la cuestión orgánica que antes anunciamos: de quién dependerán los organismos y el personal que en tiempo de guerra realicen estas actividades. Esta es la parca respuesta que nos ofrece nuestra Ley de Protección Civil:

"En los casos de movilización general o parcial por causa de guerra, el Gobierno dispondrá los planes y medidas que permitan la utilización de los medios de protección civil conforme a tales circunstancias, asegurando, en todo caso, la colaboración entre las autoridades civiles y militares" (art. 3º.2).

Parece, pues, que los "medios personales de protección civil" -que son los que ahora nos interesan- que se utilicen en caso de guerra pueden ser de dos tipos: civiles y militares. Que las Fuerzas Armadas desarrollen tareas de protección civil en tiempo de paz no parece que a nadie resulte chocante; así está expresa y detalladamente previsto en la Ley para "cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija", ajustándose entonces su intervención al doble principio de actuación a solicitud de las Autoridades civiles y encuadradas bajo sus mandos naturales (38). Que lo hagan también en tiempo de guerra no significa más que la realización por parte de aquéllas de una de las que antes llamamos "acciones de apoyo a la población civil". En aras al humanitarismo que, según las convicciones de la Comunidad Internacional, ha de presidir el desarrollo de los conflictos armados de nues-

(38) Art. 2º LPC: "2. Asimismo, en tiempo de paz, cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija, las Fuerzas Armadas, a solicitud de las autoridades competentes, colaborarán en la protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen. 3. La colaboración de las Fuerzas Armadas, que actuarán, en todo caso, encuadradas y dirigidas por sus mandos naturales, deberá solicitarse de la autoridad militar que corresponda". Sobre la competencia y el procedimiento para esta solicitud, veanse los arts. 16 f) LPC y 10 del Real Decreto 1378/85, de 1 de agosto.

tros días, se sacrifica en parte el poder militar del Estado, distraendo entonces de las misiones de combate o de apoyo al combate a cierto número de recursos humanos y materiales de las Fuerzas Armadas para dedicarlos al desarrollo de actividades de protección civil. Las normas del Derecho de la Guerra expresamente así lo contemplan, con la importante consecuencia de extender parcialmente en tal caso a este personal militar, bajo ciertas condiciones, el "status" de especial protección que antes vimos delineado con respecto a los organismos civiles de protección civil (39).

En cuanto a los medios de carácter civil, o personal civil de la Protección Civil en caso de guerra, la prescripción genérica, contenida en el art. 4º, 1 LPC y que encuentra su respaldo constitucional en el art. 30.4 CE (40), es la de que "todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, estarán sujetos a la obligación de colaborar, personal y materialmente, en la protección civil, en caso de requerimiento por las autoridades competentes", añadiéndose a continuación en el apartado 2,b) de este mismo art. 4º LPC que estarán, entre otros, "especialmente obligados a colaborar en las actividades de protección civil quienes estén sometidos al régimen de prestación social sustitutoria del servicio militar". En consonancia con esto último, el art. 8º 4 LOC atribuye facultades al Gobierno "en los supuestos previstos en la normativa sobre servicio militar y movilización nacional", uno de los cuales es obviamente el de caso de guerra (art. 6.2.5ª LSM, 234 b)2 RSM y 1º LMN, en relación con el 2º de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar), para reincorporar a la situación de actividad a los reservistas del régimen de la Prestación Social Sustitutoria (41), "a fin de realizar las tareas previstas en el

(39) Art. 67.1 PI: Los miembros de las fuerzas armadas y las unidades militares que se asignen a organismos de protección civil serán respetados y protegidos a condición de:

a) que ese personal y esas unidades estén asignados de modo permanente y dedicados exclusivamente al desempeño de cualesquiera de las tareas mencionadas en el artículo 61;

b) que el personal así asignado no desempeñe ninguna otra función militar durante el conflicto;

c) que ese personal se pueda distinguir claramente de los otros miembros de las fuerzas armadas, exhibiendo ostensiblemente el signo distintivo internacional de la protección civil en dimensiones adecuadas, y lleve la tarjeta de identidad(...);

d) que ese personal y esas unidades estén dotados sólo de armas individuales ligeras con el propósito de mantener el orden o para su propia defensa(...);

e) que ese personal no participe directamente en las hostilidades, y que no cometa ni sea utilizado para cometer, al margen de sus tareas de protección civil, actos perjudiciales para la Parte adversa;

f) que ese personal y esas unidades desempeñen sus tareas de protección civil sólo dentro del territorio nacional de su Parte".

(40) "Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".

(41) Art. 8º LOC: "1. El régimen de la prestación social sustitutoria del servicio militar tendrá una duración normal de quince años, comprendiendo las situaciones de disponibilidad, actividad y reserva. 2. La situación de disponibilidad comprende desde que el solicitante obtiene la consideración legal de objetor hasta que inicia la situación de actividad. 3. En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria (...). 4. La situación de reserva empezará el día siguiente del término de la situación de actividad y se extenderá hasta el primero de enero del año en que el objetor cumpla treinta y cuatro años de edad, en que se le expedirá la licencia absoluta (...)."

artículo 6º.4 de la presente Ley”. Las de protección civil las desempeñarán entonces los prestacionistas o “colaboradores sociales” encuadrados en los Servicios, Unidades o Entidades civiles a las que se les asigne, teniendo en cuenta las necesidades numéricas de los mismos, prioritariamente, así como “la capacidad y aptitudes del objeto y su domicilio habitual”, según la regla contenida en el art. 12.2.d LOC, de la que positivamente no se hace excepción alguna para el tiempo de guerra que estamos estudiando.

El Plan o Planes especiales de Protección Civil que disponga el Gobierno para caso de guerra conforme al art. 3º.2 LPC, antes transcrito, determinará las directrices de funcionamiento de aquellos Servicios, la Estructura operativa de los mismos y el Mando Unico de las operaciones (arts. 8º y 9º LPC). En defecto de dicho o dichos Planes, las previsiones normativas contenidas en el Real Decreto 1378/85, de 1 de agosto, son las de que tales Servicios, Unidades o Entidades estarán constituidos por los organismos de protección civil, o relacionados con la materia, existentes en la Administración Civil del Estado y demás Administraciones Públicas –local, provincial y autonómica–, así como por las entidades particulares colaboradoras, y serán dirigidos y coordinados por el Ministro del Interior o la persona que, en su caso, designe el Gobierno (arts. 3º, 5º y 7º).

Puede ocurrir, ciertamente, aunque no es ni mucho menos preceptivo, que, cuando la guerra llegue, esta última persona sea precisamente la misma Autoridad militar designada también por el Gobierno de conformidad con el art. 33.2 de la Ley Orgánica 4/81, de 1 de julio, más arriba citada, para ejecutar las medidas excepcionales acordadas en el territorio declarado en estado de sitio, dentro del cual hayan de desarrollar sus tareas aquellos Servicios, Unidades o Entidades de protección civil. Con todo, ello no privaría en ningún caso a tales organismos, ni al personal de los mismos, de su condición civil, ni supondría su encuadramiento orgánico en las Fuerzas Armadas, ni finalmente transmutaría tampoco en militar el carácter de sus funciones, como bien lo demuestra la norma de Derecho de la Guerra contenida en el art. 65.2 PI:

“No se considerarán actos perjudiciales para el enemigo:

a) el hecho de que las tareas de protección civil se realicen bajo la dirección o el control de las autoridades militares;

b) el hecho de que el personal civil de los servicios de protección civil coopere con el personal militar en el cumplimiento de sus tareas (...).”

Parece, pues, que aun en este último e hipotético caso de coordinación, dirección o control por las autoridades militares –y, por supuesto en el de “colaboración” prevenido genéricamente en el art. 3º.2 LPC– de las tareas de los organismos civiles de protección civil, las actividades que en el seno de los mismos vienen obligados a realizar en tiempo de guerra los objetores de conciencia como prestación social sustitutoria se ajustan y guardan respecto al mandato básico y regla general del art. 6º.1 LOC:

“Quienes sean declarados objetores de conciencia estarán exentos del

servicio militar y quedarán obligados a realizar una prestación social sustitutoria consistente en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de las armas, ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares”.

He aquí, sin embargo, que el apartado 4 de este mismo art. 6º LOC, al prescribir las actividades en cuyo desarrollo consistirá necesariamente la prestación en tiempo de guerra no se refiere lisa y llanamente a las de protección civil, sino a las de “protección y defensa civil”. Aquí las más graves críticas de la sana doctrina (42). Si al final resultara que en tiempo de guerra los objetores han de desarrollar actividades paramilitares, el derecho constitucional a la objeción de conciencia quedaría desprovisto de todo contenido y paladinamente conculcado. Las cosas, sin embargo, no se desarrollan así, según nuestro criterio.

Cuál sea con precisión el contenido y cómo se configure orgánicamente la Defensa Civil es cuestión todavía inédita en nuestro Derecho. Dice, o más bien anuncia, el art. 21 de la Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar:

“La defensa civil es la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias. Una ley de defensa civil regulará sus condiciones, organización y funcionamiento”.

A la espera de lo que pueda disponer dicha Ley de futuro, nosotros entendemos, con base en el Derecho positivo y vigente, que en cuanto interesa a la prestación social sustitutoria de los objetores de conciencia en tiempo de guerra “actividades de protección civil” y “actividades de defensa civil” no son dos cosas diferentes, sino una y la misma.

Si la Defensa Civil –parece claro– es una parte de la Defensa Nacional que se lleva a cabo por “los recursos humanos no propiamente militares”, o sea, por la Población civil, será lícito concluir que la otra parte del todo estará constituida por la Defensa Militar, que se opera por las Fuerzas Armadas (art. 3º de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas). En efecto, la Defensa Nacional es la suma de la Defensa Militar y de la Defensa Civil, o sea, “la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin”, según reza el art. 2º LOCBDN y OM, que añade sin solución de continuidad: “Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordena-

(42) MILLAN GARRIDO, op. cit., pág. 212, tras considerar que “no debe ofrecer problemas el destino de los objetores a tareas de protección civil”, continúa: “Las actividades de defensa civil no requieren el empleo de armas ni suponen una participación directa en las hostilidades, pero comportarán, en su caso, una contribución a la defensa nacional en tareas normalmente conectadas con la organización militar”.

miento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución". Como ha destacado MUÑOZ ALONSO, el concepto de Defensa Nacional participa, pues, de las notas de totalidad y permanencia, por cuanto que abarca tanto a militares como a civiles y tanto el tiempo de paz como el de guerra (43), que es precisamente al que nos compete referirnos en este estudio.

Llegada la guerra, consecuencia de una agresión a la vida de la población o a los intereses de la Patria (44), nos interesa saber, igual que antes nos preguntamos con respecto a la Protección Civil, en qué consistirán entonces las actividades de defensa civil y de quién dependerá el personal que las realice. Para ello, habrá que comenzar, en nuestra opinión, por indagar primero en qué consiste la Defensa Militar, como parte de la Defensa Nacional correspondiente a las Fuerzas Armadas; y una vez determinado esto último, se nos revelará, por exclusión, cuál sea el contenido de la Defensa Civil.

De lo dispuesto en los arts. 77 a 167 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas - Tratado Segundo, Título IV: "De las funciones del militar" - puede extraerse la conclusión de que las actividades de Defensa Militar en caso de guerra consistirán en el ejercicio de actos de mando o de apoyo y asesoramiento al mismo, en el desarrollo de acciones de combate o de carácter técnico y en el cumplimiento de funciones logísticas o de apoyo a las anteriores. Pertenecerán entonces a la categoría de Defensa Civil todas aquellas otras actividades que, no siendo las propias de las Fuerzas Armadas - mando, combate y apoyo a las fuerzas combatientes - contribuyan empero a "proteger la vida de la población y los intereses de la Patria"; de donde se desprende con toda claridad el doble contenido de la Defensa Civil en tiempo de guerra, así desde el punto de vista material, por las actividades en que consista, como desde el punto de vista orgánico, por el personal que haya de realizarlas. Podemos así distinguir dos sectores diferentes de Defensa Civil.

El máximo interés de la Patria en caso de conflicto armado es, obviamente, el de ganar la guerra en que se encuentra empeñada. Consistirá así la Defensa Civil, de un lado, en el desarrollo de actividades de producción y prestación de bienes y servicios con destino a las Fuerzas Armadas o útiles para la acción de las mismas (art. 13 de la Ley de Movilización Nacional). Para estas actividades de defensa civil se utilizarán los recursos humanos de la Nación que, no siendo propiamente militares, se integrarán no obstante en el poder o potencial militar del Estado. Es, fundamentalmente, el llamado "personal civil militarizado" al que más arriba hicimos referencia, consti-

(43) MUÑOZ ALONSO, José Manuel. "Derecho Administrativo Militar". Edición propia, Madrid, 1989. Tomo I, págs. 73-74.

(44) SERRANO ALBERCA, José Manuel. "La definición de tiempo de guerra". En "Comentarios al Código Penal Militar", ya citados, págs. 303 a 313.

tuido –recordemos– por el personal civil del Ministerio de Defensa y el de empresas o establecimientos industriales o de servicios que resulten objeto de movilización, incluidos los servicios públicos a que se movilicen en tal caso de guerra. Al lado de esta clase de personal civil realizará también dicho tipo de actividades de defensa civil, de utilidad para la acción de las Fuerzas Armadas, el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si bien con una caracterización jurídica diferente a aquél, pues parece que no necesariamente ha de militarizarse (45).

El otro sector de la Defensa Civil está constituido por aquellas actividades que sin ser propias de las Fuerzas Armadas contribuyan a “proteger la vida de la población”, o sea, las actividades de protección civil, que ya antes examinamos sobradamente. Que esto es así lo confirma sobradamente la simple lectura del art. 21 LOCBDN y OM, donde se contemplan como parte integrante de la Defensa Civil lo que son sin duda actividades de protección civil –“...y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias”– (46).

Orgánicamente, la Defensa Civil estará, pues, integrada por Personal

(45) Art. 20 LOCBDN y OM: “1. Contribuirán en todo caso a la defensa nacional:

- Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque no tengan carácter militar.
- Las Policías de las Comunidades Autónomas y cualesquiera otras ámbito local.

2. Su contribución se realizará en el marco de la defensa civil bajo la dirección del Ministerio del Interior, coordinados por el Ministerio de Defensa, en la forma que establezca la ley”.

La militarización de las fuerzas policiales en caso de guerra, o sea, la atribución de fuero y condición militar a los individuos que las integren, resulta una cuestión de mera oportunidad, según decida o no el Gobierno utilizar las facultades que le atribuye al efecto el art. 13 LMN, párrafo último. De hecho, una de ellas ya está legalmente militarizada en tiempo de paz: la Guardia Civil, como Instituto Armado de naturaleza militar, que en tiempo de paz se halla sujeta a una doble dependencia, del Ministro del Interior y del de Defensa, según el carácter de la misión que realice, y que en tiempo de guerra dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa (art. 9 b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En el Derecho Internacional la previsión que al respecto contiene el Protocolo I es la siguiente: “Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo para-militar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto” (art. 43.3). Sólo en este caso se otorga a sus miembros el estatuto de combatientes, con derecho a participar directamente en las hostilidades y susceptibles de ser lícitamente atacados y hechos prisioneros de guerra. La Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, núm. 609/1979, de 8 de mayo, pretendió sin éxito que no lo fuese en ninguno: “En caso de guerra y de ocupación enemiga, el funcionario de Policía debe continuar asumiendo su papel de protección de las personas y de los bienes en interés de la población civil. No debe, pues, tener el estatuto de “combatiente” y las disposiciones del III Convenio de Ginebra de 1949, relativas al tratamiento de los prisioneros de guerra no le son aplicables (...)”.

(46) Un intento de delimitación entre los conceptos de “defensa civil” y “protección civil” ha esbozado últimamente, en un trabajo serio y riguroso, SOUVIRON MORENILLA, José María. “Sobre el concepto y la organización pública de la protección civil”, en Cuadernos de la Guardia Civil, año 1989, Núm. 1, páginas 57 a 68. Según él, se trata de “dispositivos distintos para ámbitos distintos (en tiempo de guerra y en tiempo de paz, respectivamente)” aunque “susceptibles de confluencia operativa en uno u otro supuesto”. A esta “confluencia operativa” es a la que nosotros nos referimos. Entendemos que en tiempo de guerra las actividades de protección civil constituyen una parte de la Defensa Civil, estando la otra constituida por las actividades de apoyo civil a las Fuerzas Armadas.

Civil Militarizado y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de un lado, y Protección Civil de otro. El Ordenamiento Jurídico permite así conjugar el interés colectivo de la Defensa Nacional con la libertad de conciencia del individuo, mediante la asignación a esta último sector de Defensa Civil de los objetores sujetos a la prestación social sustitutoria en tiempo de guerra.

## **2. NOTAS**

**LA RATIFICACION POR ESPAÑA DE LOS PROTOCOLOS DE 1977  
ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949  
Y EL CONCEPTO DE BUQUE DE GUERRA APLICABLE  
EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR**

Jose Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO  
*Doctor en Derecho. Coronel Auditor*

1. EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACION JURIDICA DE LOS CONFLICTOS  
ARMADOS EN LA MAR

El estado de la regulación jurídica de la guerra marítima (Derecho de la guerra naval en sentido estricto o reglas internacionales sobre el uso de la fuerza en los conflictos armados en el mar), siempre fragmentario, pues no existe una reglamentación general, pudo ser calificado por KUNZ como caótico en 1961, abundando en esta calificación —más recientemente— C. ROUSSEAU, J.L. DE AZCARRAGA y E. RAUCH. Para éste último autor, la Declaración de París de 1856, los seis Convenios de La Haya (VI, VII, VIII, IX, XI, XIII) de 1907 y la Declaración Naval de Londres de 1909 codifican reglas consuetudinarias propias de la época de la navegación a vela, obsoletas ante los nuevos medios y métodos de guerra, que fueron desconocidas por la guerra marítima total en las dos contiendas mundiales. La única excepción es el intento de restringir la guerra submarina por el Protocolo de Londres de 1936. Es bien conocido el escaso desarrollo del Derecho de La Haya (Derecho de la guerra en sentido estricto o regulación del uso de la fuerza en los conflictos armados) a partir de la prohibición de la guerra (Tratado de París de 27 de agosto de 1928 y artículo 2, párrafo 3 y 4 de la Carta de las Naciones Unidas), frente a la posición más realista del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto al Derecho de Ginebra (Derecho internacional humanitario dirigido a la protección de las víctimas de la guerra). Sin embargo, aun superada esta dicotomía (NAHLIK), los mas modernos textos del Derecho Internacional Humanitario (artículo 49.3 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977) o promovidos por las Naciones Unidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados

(artículo 1 del Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, de 10 de octubre de 1980) excluyen o dejan sin regular el desarrollo de los conflictos armados en el mar.

Muy particularmente, el derecho de la Guerra Marítima ha sido expresamente marginado de dos grandes procesos codificadores internacionales –sin duda– le afectan y que han culminado con la aprobación –el 8 de junio de 1977– de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (Derecho Internacional Humanitario) y con la adopción –el 10 de diciembre de 1982– de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el primer caso (Protocolos de 1977), la Conferencia Diplomática (1974-1977) rehusó explícitamente tratar de temas del Derecho de la Guerra Marítima (H.P. GASSER, SOLF, BENNET, MILLES), pues los Delegados reconocieron de forma unánime que no era fácil ni deseable intentar el estudio y revisión del derecho aplicable a los conflictos armados en el mar (ARRASSEN). En segundo lugar, es evidente que la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar trataba únicamente de elaborar las reglas jurídicas aplicables a los espacios marítimos en tiempo de paz (E. RAUCH), por lo que la Convención de las N.U. sobre el Derecho del Mar de 1982 no reglamentó los derechos y obligaciones de los Estados en tiempo de conflicto armado (JAENICKE), declarando en su artículo 88 la utilización exclusiva de la alta mar con fines pacíficos.

Ahora bien, al estudiar la necesidad de poner fin al estado caótico actual del Derecho de la Guerra Marítima hemos visto las dificultades que ofrece el examen de esta materia a la luz de los principios del Derecho Internacional Humanitario y del moderno Derecho del Mar; pues desgraciadamente –como dice E. RAUCH– el Derecho de la Guerra Marítima no se ha modificado mas que de forma involuntaria por el Protocolo I de 1977 y de manera indirecta (algunas reglas afectan a la conducción de operaciones de guerra en la mar) por la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982, al encontrarse marginado de estos dos procesos codificadores internacionales. Este mismo autor recuerda el acuerdo alcanzado, en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por las dos superpotencias para convocar una conferencia internacional sobre Derecho de la Guerra Marítima, que tendría lugar alrededor de diez años después de la adopción de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, las dificultades que atraviesan para su ratificación por los Estados que integran la Comunidad internacional, tanto los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977 como la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982 y la incertidumbre sobre su efectiva aplicación, han hecho concluir a la doctrina (BENNETT, GASSER) que es poco razonable y prematuro el intento de revisar el Derecho de la Guerra Marítima a través de la convocatoria de una Conferencia Diplomática sobre el Derecho aplicable a los conflictos armados en el mar. Estamos lejos aún del deseo de E. RAUCH, quien concluye afirmando que las secuelas de la Conferencia Diplomática

de Derecho Humanitario (Ginebra 1974-1977) y de la Tercera Conferencia de la ONU, sobre el Derecho del Mar (1982), imponen la convocatoria de una nueva conferencia de codificación bajo la forma de una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho aplicable en los conflictos armados en la mar.

Desgraciadamente, los problemas sin resolver están sobre la mesa y corresponde, hoy solo a nivel de expertos, pronunciarse sobre las posibles soluciones, superando las dificultades expuestas y sin perder de vista que no podemos considerar aisladamente (en compartimento estanco) la regulación establecida por la nueva Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 o los principios del moderno Derecho Internacional Humanitario derivados de los Protocolos Adicionales de 1977 respecto de las reglas de la guerra naval, sin desconocer el principio básico de la unidad del ordenamiento jurídico internacional (M. JAENICKET).

En el momento actual se han celebrado tres reuniones a nivel de expertos, organizadas por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo. La primera, con la colaboración del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, se celebró en Madrid en el mes de septiembre de 1988: "Mesa Redonda Internacional de expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario, aplicable en los conflictos armados en el mar". La segunda se reunió en Bochum (República Federal de Alemania) en 1989 y la tercera en octubre de 1990 en Toulon (Francia).

## 2. LA RATIFICACION POR ESPAÑA DEL PROTOCOLO I DE GINEBRA DE 1977

En el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 29 de julio de 1988 (Serie C, nº 202-I) se ha publicado el Texto del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Como anejo al texto, aprobado ya por las Cortes, figuran las Declaraciones Interpretativas que han acompañado su ratificación por el Reino de España (B.O.E. nº 177 de 26-VII-1989).

Entre los preceptos más innovadores del referido Protocolo I figura, en su artículo 1.4, la aplicación de tal norma convencional a los "conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los 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". En este ámbito de aplicación del Protocolo I se encuentran pues, comprendidos, los llamados "Movimientos de Liberación Nacional que, en época bien reciente, ejecuta-

ron acciones graves de agresión o terrorismo contra buques de guerra (caso de "Tagomago") y pesqueros españoles en el área del banco canario-sahariano (Frente Polisario).

La regulación del "Estatuto del combatiente y de prisionero de guerra" (artículo 43 a 47 del Protocolo I) guarda estrecha relación con la mencionada ampliación del campo de aplicación del protocolo I a los "Movimientos de Liberación Nacional" y se traduce en el otorgamiento de la condición de combatientes legítimos a sus miembros y a los llamados combatientes irregulares.

Así, el artículo 43.1. del Protocolo I establece que las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armadas y organismos, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aún cuando esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. De forma, que los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (que puede ser un Movimiento de Liberación Nacional) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (artículo 43.2.) y si caen en poder de una Parte adversa serán considerados prisioneros de guerra (artículos 44.1.).

Estos combatientes están obligados a distinguirse de la población civil únicamente en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Ahora bien, según el texto del Protocolo I (artículo 44.3), un combatiente conservará su estatuto siempre que lleve sus armas abiertamente:

a) durante todo enfrentamiento militar, y

b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.

Debemos destacar que una de las "Declaraciones interpretativas" publicadas se refiere, precisamente, al contenido de este artículo 44.3 del Protocolo I. Para todos estos aspectos nos remitimos al exalente estudio publicado por J. SANCHEZ DEL RIO SIERRA en el número 54 de esta Revista.

### 3. EL CONCEPTO DE BUQUE DE GUERRA

Buque militar, buque de guerra o buque de la Marina Militar es todo buque que pertenece a la Armada, se encuentra bajo el mando de un oficial de la Marina de Guerra y lleva los distintivos de los buques militares de su país.

Encuentra AZCARRAGA el más moderno fundamento jurídico que justifica el carácter *sui generis del buque de guerra*, en los amplísimos límites del más genuino elemento estatal, el de la *soberanía*. "Porque es el mismo buque de guerra, su propio Comandante y los miembros de su dotación, quienes de un modo oficial pueden encarnar la autoridad y el poder coactivo de la soberanía del Estado a que el medio: material -buque- y los personales

-tripulantes, del comandante al último de sus marineros- pertenecen en estrecha dependencia". Esta soberanía fundamenta dos privilegios del buque de guerra: la extraterritorialidad y la inmunidad.

FARIÑA GUITIÁN estima que el fundamento jurídico de la representación de la soberanía del Estado por el buque de guerra reside en el mismo buque, en su conjunto, como entidad jurídica y como organismo estatal, que encarna la autoridad y el poder coactivo mediante los que se exterioriza la soberanía del Estado, exigiendo por ello de las representaciones de otros Estados la abstención de todo acto que pueda considerarse como un ejercicio de autoridad sobre la organización militar que el buque representa.

Particularmente, en época de guerra, es preciso concretar el concepto de buque íntimamente unido al de su Comandante. Según AZCARRAGA debe formar parte de las fuerzas navales de un Estado beligerante y tiene que estar bajo el mando de un oficial de la Marina Militar, estar guarnecidos o tener a bordo una dotación militar y arbolarse legítimamente el pabellón y la bandera de combate del Estado a que pertenezcan. El oficial que manda el buque de guerra -su Comandante-, los demás miembros de la oficialidad, los subalternos y los miembros de la dotación deberán estar sometidos a las reglas de la disciplina militar, y los primeros, al hallarse al servicio del Estado permanentemente y figurando en las listas o escalafones de la respectiva armada, estarán facultados por las autoridades superiores de la misma, siendo "la garantía oficial de que el barco en cuestión obedecerá y cumplirá las leyes de la guerra marítima y las reglas del honor militar".

El buque de guerra, caracterizado por su extraterritorialidad e inmunidad, ha sido definido por el Derecho Internacional Marítimo o Derecho del Mar en numerosos Convenios Internacionales. La última definición, que debemos considerar vigente pese a no haber sido ratificada formalmente por España, está recogida en la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar aprobada en Montego Bay (Jamaica) el día 10 de diciembre de 1982.

El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar dice: "Para los fines de la Convención, se entiende por "buque de guerra" todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial de la Marina al servicio de aquel Estado e inscrito en el escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a las normas de la disciplina militar". Advierte TREVES que, si se compara esta definición con sus precedentes en el Derecho Internacional (Artículo 8.2. del Convenio de 1958 sobre la alta mar, Convenio de Bruselas de 1952 sobre la responsabilidad de los buques nucleares y Tratado de Washington de 1977 sobre la neutralidad permanente del Canal de Panamá), la diferencia más importante es que la Convención de 1982 exige que el buque pertenezca a las Fuerzas Armadas, mientras que el Convenio de 1958 habla de Marina de Guerra. De esta forma, la nueva

definición abarca explícitamente los buques militares pertenecientes al Ejército de Tierra o a la Aviación.

Posteriormente, se publica en España la Orden 25/1985, de 23 de abril, por la que se aprueban las normas para la escala de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español, en tiempo de paz. En esta norma se contiene la definición de "buque de guerra" vigente en el Derecho Español. Así, se entenderá por buque de guerra:

a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la Marina de Guerra de un Estado que ostenten los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su Comandante ha de estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar.

b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra que vayan al mando de un Oficial cuyo nombre figurará en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente.

c) Los de cualquier clase que transporten a un jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática.

d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la Marina Mercante que dependan del Gobierno respectivo y estén mandados por un Oficial en activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio.

#### 4. BUQUE DE GUERRA Y BUQUE COMBATIENTE: DOS CONCEPTOS DIFERENTES

A la vista de estas definiciones convencionales parece lógico contestar negativamente a la pregunta de "si es posible que los buques militares de movimientos de liberación nacional pueden o no tener la condición de buques de guerra". Y ello, porque, si bien, es posible la aplicación del Protocolo I a las fuerzas armadas de los Movimientos de liberación nacional, esto supone únicamente que sus miembros pueden tener el estatuto de combatientes (y, en su caso, de prisioneros de guerra), pero ello no confiere a sus barcos el estatuto de los buques de guerra según el Derecho del Mar. Solo los buques pertenecientes a un Estado (salvo los casos de reconocimiento de beligerancia a insurgentes) pueden adquirir la condición de buques de guerra y gozar de los privilegios de extraterritorialidad e inmunidad, derivados de la soberanía de la nación cuyo pabellón arbolan. En este caso el buque de guerra está exento de las competencias de los demás Estados, cualesquiera que sean los espacios marítimos por donde naveguen, pudiendo

ejercer en la alta mar el derecho de visita respecto de los buques extranjeros (no militares u oficiales) en los supuestos previstos en los artículos 22 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre el alta mar o artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 1982.

Se debe destacar asimismo que los Movimientos de liberación nacional no pueden ser Partes en la citada Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (y mucho menos en la de Ginebra de 1958), por lo que la aplicación del Protocolo I no puede conferir a un navío armado por un Movimiento de liberación nacional el estatuto de un buque de guerra, particularmente frente a la navegación mercante o pesquera de un país neutral en un conflicto armado de carácter internacional.

Sin embargo, no falta la posición de algunos países que opinan que, si la autoridad que representa a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado de carácter internacional (artículo 1.4. del Protocolo I, entre los que se encuentra la lucha de los Movimientos de liberación nacional), deposita una declaración unilateral comprometiéndose a respetar los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977 (en el sentido del artículo 96.3 del Protocolo I), sus buques armados (reconocibles por signos exteriores característicos de los navíos militares) adquieren el estatuto propio de los buques de guerra. Advierte RONZITTI ("The law of naval warfare. A collection of agreements and documents with commentaries", Dordrecht-Boston-Londres, 1988) que los movimientos de liberación nacional son capaces de utilizar la mar para sus operaciones bélicas y que, en estos casos, la aplicación del Protocolo I Adicional de Ginebra de 1977 significa la concesión del "status" de combatiente y prisionero de guerra. Sobre este asunto, existen dos posturas doctrinales. La primera sostiene que los buques pertenecientes a un movimiento de liberación nacional no pueden tener la consideración de buques de guerra. Y ello, porque tanto el artículo 8 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la alta como el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, establecen que los buques de guerra deben pertenecer a las fuerzas armadas de un Estado, requisito que falta a los buques de los movimientos de liberación nacional.

Otra postura doctrinal opina, por el contrario, que un movimiento de liberación nacional puede llevar a cabo hostilidades en el mar contra la parte adversa, siempre que haya realizado la declaración de aceptación contenida en el artículo 96 del referido Protocolo I. A esta segunda postura se inclina RONZITTI, por parecerle demasiado formal la primera. Sin embargo, este autor reconoce que las cosas cambian cuando las operaciones navales se dirigen contra la navegación de terceros Estados neutrales en el conflicto. Los buques de los movimientos de liberación nacional no pueden invocar ningún derecho para detener, visitar o capturar los buques neutrales en alta mar. En realidad existen los mismos derechos en el caso de un movimiento de liberación nacional que en una guerra civil, en cuyo supuesto no

pueden ejercer el derecho de visita en alta mar, salvo el reconocimiento de beligerancia. Otra cuestión es la concesión de facultades para interceptar buques dentro de su mar territorial, con objeto de impedir que la parte adversa reciba ayuda exterior. El ejercicio de estas competencias es admitido, en general, por la práctica internacional.

En el X Congreso Internacional de la "Société Internationale de Droit Militaire et Droit de la Guerre" (GARMISCH - PARTENKIRCHEN, Alemania, 2-7 octubre de 1985) se planteó este problema al estudiar el Derecho de la Guerra Marítima (Repercusiones del Protocolo Adicional I de 1977 y del Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982). El texto del debate presentado por el Dr. Elmar RAUCH LL. M. (República Federal Alemana) fué publicado en la Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra (XXVI 1-2-3, 1987).

La Pregunta del Cuestionario estaba redactada de la forma siguiente: ¿Los buques militares de movimientos de liberación nacional pueden tener el estatuto de buque de guerra con el sentido del derecho del mar?.

No cabe duda que el Protocolo I Adicional de 1977 permite la aplicación del derecho de la guerra a los Movimientos de liberación nacional (artículos 1.4. y 96.3.). Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 define el buque de guerra en los términos clásicos del Derecho marítimo: debe pertenecer a las fuerzas armadas de un Estado.

Las posiciones de los expertos pertenecientes a los diversos Estados se inclinaron por la negación del Estatuto de buque de guerra a los navíos (combatientes legítimos) de los movimientos de liberación nacional.

Así se pronunciaron Suecia (un buque armado perteneciente a un movimiento de liberación nacional no puede beneficiarse del estatuto de buque de guerra), Bélgica (la condición, para ser considerado buque de guerra, de pertenecer a la marina de guerra de un Estado, impide a los navíos militares de un movimiento de liberación nacional tener el estatuto de buque de guerra en el sentido del Derecho del Mar), y los Estados Unidos de Norteamérica (un buque de guerra debe formar parte de las fuerzas armadas de un Estado, pero ninguna disposición del Protocolo I confiere a los movimientos de liberación nacional el estatuto de Estado). Más matizada fué la postura de los expertos de los Países Bajos. Comienza reconociendo que, si los movimientos de liberación no pueden ser partes en la Convención sobre el Derecho del Mar, las reglas relativas a los buques de guerra establecidas por esta Convención no son, *a priori*, aplicables a los navíos pertenecientes a tales movimientos. Ahora bien, podemos preguntarnos si ésto es necesario para que estas fuerzas puedan ser consideradas como combatientes en la guerra marítima. Según el derecho consuetudinario de la mar, sólo los buques que pertenezcan al Estado pueden tener el estatuto de buque de guerra. Sin embargo, se estima razonable admitir que un Movimiento de liberación nacional, que se encuentra obligado formalmente a aplicar las disposiciones del Protocolo I, debe tener igualmente el derecho de realizar

operaciones navales bajo las normas del derecho de la guerra marítima. Y ello porque no parece aceptable la solución de tratar como buques piratas a los navíos de los Movimientos de liberación nacional.

Por nuestra parte creemos que los buques de los Movimientos de liberación nacional pueden adquirir la condición de navíos combatientes (o beligerantes), pero este estatuto —que se deriva del propio Protocolo I de Ginebra de 1977— no les confiere automáticamente la condición de buques de guerra a los efectos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, pues se trata de un estatuto reservado a los buques del Estado.

Las consecuencias se dejarán sentir particularmente en las relaciones de estos buques de Movimientos de liberación nacional con la navegación neutral. En efecto, si bien no es difícil de aceptar que uno de estos buques pueda realizar actos de beligerancia contra la parte adversa (una vez que el movimiento de liberación nacional deposite la declaración unilateral del artículo 96.3. del Protocolo I), los países neutrales difícilmente aceptarán su condición de buque de guerra a los efectos del ejercicio del derecho de visita, bloqueo y otras limitaciones que los navíos del Estado pueden legítimamente imponer a la navegación neutral en tiempo de conflicto armado.

Por todo lo expuesto se estima que hubiera sido conveniente la modificación del Anexo al Texto del Protocolo I Adicional de 1977, añadiendo una "Declaración interpretativa" en relación con el artículo 43, redactada en los siguientes términos:

"Entiende que la concesión de estatuto de combatientes a las Fuerzas Armadas de una Parte en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I, no implica el reconocimiento de la condición de buque de guerra respecto de los buques armados de tal Parte en conflicto, que se reserva para los buques pertenecientes a las fuerzas armadas regulares de un Estado".

**EL DERECHO DE PETICIÓN:  
Algo más que un "derecho inofensivo"**

Luis Fernando VIGIER GLARIA  
*Teniente Coronel Auditor*

I

La noción del derecho de petición se hunde en la noche de los tiempos y en las más dispares culturas políticas. No surge, es evidente, como tal derecho del ciudadano sino como una concesión graciosa del Soberano que de tal forma limita voluntaria y particularmente su omnímodo poder. La relación, así pues, no se establece en el marco político de forma análoga a la actual Estado-ciudadano, sino en la Soberano-súbdito, lo que de por sí ya nos indica el margen de discrecionalidad del primero y la ausencia de verdaderos derechos en el segundo. Esta relación no entraña evidentemente la correlación derecho-deber sino la más simple concesión-derecho limitado y por tanto no exigible.

Cuanto antecede ya nos indica que el origen del derecho de petición ha de buscarse en las monarquías asiáticas de tipo tiránico, donde pertenecía a la categoría del favor, de las medidas benévolas y del poder discrecional (1) siendo más tarde, con la aparición del Régimen Constitucional, cuando el derecho de petición va a ser el cauce a través del cual en numerosos países, y entre ellos el nuestro, se va a instaurar en la práctica el sistema de gobierno parlamentario. A este respecto merece destacarse el sentido de la Petición of Rights de 1628 (2) y el art. 5 del Bill of Rights (3) donde se señala que tal derecho de petición "es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegales las prisiones y procesamientos de los peticionarios" (4).

(1) Así ENRIQUE ALVAREZ CONDE. El Régimen Político Español, pág. 178 y ss.

(2) Las proposiciones, que fueron robusteciéndose bajo Jacobo I, empezaron a manifestarse claramente en los primeros años de Carlos I. El Parlamento y en su Petition of Rights declaró todas las pretensiones de la oposición parlamentaria, asegurándose la aprobación de impuestos y hacer imposible toda detención arbitraria. Wilhelm Mommsen. Cuarenta años de guerra Europea. (1618-1660).

(3) Promulgado 10 años después por el Parlamento y sancionado por Guillermo de Orange se puede considerar que cierra este ciclo de documentos ingleses de positivación que arranca de la Carta Magna.

(4) No puede ocultarse también en la materia la declaración de independendia y el Bill of rights del Buen Pueblo de Virginia, ambos de 1776.

Obviamos, salvo estos precedentes, la evolución histórica seguida por tal derecho, que se fue afianzando en la conciencia popular y generalizándose su uso en el marco del régimen monárquico, aun cuando su incidencia en nuestro país se ha manifestado a veces en otros ámbitos no siempre congruentes con el propio sistema constitucional. Así ALVAREZ CONDE, expresa el significado de los pronunciamientos en nuestro constitucionalismo histórico.

## II

La regulación del derecho de petición se efectúa mediante Ley de 22 de diciembre de 1960 que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 34 del Fuero de los Españoles los define en su art. 1º como "facultad que corresponde a los españoles de dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia". Añade que "de su ejercicio no podrá derivarse perjuicio alguno al peticionario, salvo que incurra en delito o falta". Dicha normativa, evidentemente preconstitucional, no presenta posterior alteración tras la promulgación de nuestra Carta Magna, sin que ello presente problemas sustanciales pues, si bien es cierto que su redacción y algunos extremos que recoge son fruto de una concepción política bien distinta, en esencia es válida para el momento político y social actual, al menos desde el punto de vista sustantivo, sirviendo en todo caso la Disposición derogatoria 3 de la Constitución como cláusula *rebus sic stantibus*, adaptadora a la legalidad democrática y constitucional vigente puesto que en el mismo se establece la derogación *proprio iure* de los preceptos que la contravengan (5).

Recoge la normativa comentada las peticiones efectuadas individualmente o por personas jurídicas, debiendo entenderse sin efecto actual el anacronismo que supone la dispensa a la mujer de actuar sin la asistencia de su marido. Se relacionan las Autoridades y organismos a quien pueden dirigirse los peticionarios, relación que debemos actualmente entender ampliada a las autoridades de ámbito autonómico, delegados del Gobierno y Defensor del Pueblo, éste último reviste para nosotros una importancia muy singular, al igual que las peticiones efectuadas a las Cámaras colegisladoras por su facultad constitucional de iniciativa legislativa, cual señalamos seguidamente.

Evidentemente, consagrado en el art. 29 de nuestra Constitución el derecho de todos los españoles a la petición individual y colectiva, la misma puede tener una doble perspectiva: La de regularizar situaciones individualizadas por una disfunción administrativa o legal, o la de pretender una iniciativa o legal, o la de pretender una iniciativa reguladora de un conjunto de

(5) STC de 28 de julio de 1971 tiene reconocido que la promulgación de la Constitución no implica pese a las rupturas de la continuidad del ordenamiento jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas conforme a la Constitución.

situaciones jurídicas y no contempladas por el legislador en un momento histórico determinado. El primero de los casos tenderá a una función eminentemente correctora de la disfunción producida. No debe confundirse la finalidad que se persigue con la utilización de este derecho de la corrección reglada que debe efectuarse en la propia vía administrativa con la utilización de los adecuados recursos de la Ley de Procedimiento Administrativo. Mediante el derecho de petición el ciudadano puede conseguir el motivar a la administración en materias no regladas que redundan en la mejora de las estructuras, funcionamiento y personal de los servicios administrativos; así el art. 10 de la norma reguladora establece en la materia una tramitación de oficio por parte de la administración requerida con remisión al cauce prevenido en el art. 34 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Pero no sólo puede perseguirse una iniciativa tendente a la mejora de servicios o funcionamiento de organismos de la administración. En muchas de las ocasiones la actividad de la administración o sus órganos existe, pero ésta puede ser ineficaz por sus demoras o por un desempeño inoperativo de sus misiones. También en este caso el legislador admite al derecho de petición como forma de corregir tales incidencias con una remisión al contenido del art. 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La segunda de las funciones que el derecho de petición persigue es la que a mi juicio tiene una mayor transcendencia. Mientras que la primera podría considerarse una función negativa, esto es, simplemente correctora de disfunciones o ineficacia de la administración que carecen de vías regladas de denuncia, la que ahora merece nuestra atención es de carácter positivo. Supone una actitud positiva del ciudadano en el contexto de un marco social de signo democrático. El ciudadano supera su papel receptor de la norma jurídica, su papel antiguo de súbdito y se compromete con la sociedad a la que pertenece colaborando de esta forma en darse así mismo y al grupo social en el que se integran los instrumentos jurídicos que precisa para el normal desarrollo de su actividad y sus intereses.

Es evidente que esta actividad creadora de la norma no tiene en el ciudadano su origen inmediato, excepción hecha de la iniciativa legislativa popular prevista en el art. 87.3 de la Constitución y desarrollada por L.O. 3/1984, corresponde al Gobierno, al Congreso y Senado según el art. 87.1 de la Constitución la indicada iniciativa, mientras que la popular siempre tendrá las limitaciones descritas en el art. 87.3 de no poder afectar a materia tributaria, propia de la Ley Orgánica ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Pues bien en estas materias vedadas a la iniciativa popular podría llegarse mediante la utilización del derecho de petición ante el Presidente del Gobierno o los órganos parlamentarios a crear la necesidad legislativa de regular determinadas reivindicaciones o necesidades sociales.

El art. 13 de la Ley reguladora establece el mecanismo subsiguiente a dichas peticiones ("serán sometidas por el Presidente a la Comisión permanente, que decidirá sobre su pertinencia y acordará, en su caso, designar

una ponencia para que estudie si procede elaborar una proposición de Ley o formular una pregunta escrita al Gobierno, o si la importancia del asunto lo merece una interpelación oral, designando al procurador que debiera plantearla”) señalándose que actualmente en cada una de nuestras Cámaras existen Comisiones de Peticiones a las que pueden dirigirse todos los ciudadanos.

Como avanzábamos anteriormente, el derecho de petición ha ampliado actualmente el número de destinatarios y con ello de posibilidades: A la legalidad preconstitucional debe añadirse en nuestros días el Defensor del Pueblo en su carácter de Alto Comisionado de las Cortes Generales designado por ésta para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución y con facultades para supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a la Cortes Generales, cual previene el art. 54 de dicha Carta Magna. El conocimiento de hechos denunciados por tal garante constitucional no puede por menos que antojársenos precioso a la hora de corregir desviaciones y funcionamientos inadecuados del entramado administrativo. Pero aun hay más. El art. 162 de la Constitución legitima para interponer el recurso de inconstitucionalidad, y ello permite que los ciudadanos puedan, por su mediación y mediante el vehículo propiciado por el derecho de petición, conseguir tal declaración por el Tribunal Constitucional, vía directa que les está vedada máxime al no ser susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa las disposiciones de rango legal.

Una especial consideración nos merece desde el punto de vista doctrinal y legal el derecho de petición ante S.M. el Rey si comparamos el texto de la Ley Reguladora de 1960 con nuestro texto Constitucional. Evidentemente es aquí, y salvo las precisiones que en su momento efectuemos en la materia al referirnos al ejercicio de tal derecho por los componentes de las Fuerzas Armadas, donde se encuentran motivadas mayor número de consideraciones. No es preciso insistir, por evidente, que en el antiguo régimen el derecho de petición efectuado al Jefe del Estado debería entenderse en el sentido efectuado al principio de este trabajo. Identificadas Jefatura del Estado con Jefatura del Gobierno, y excluidos otros medios legales de control, el marco en que se desenvuelve el derecho de petición es diametralmente opuesto al contenido del mismo en el marco del Estado social y democrático de Derecho de nuestros días. Reconocido por el art. 56 de la Constitución al Rey como Jefe del Estado, ya dicho precepto le reconoce el arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones del mismo si bien el punto 3 establece que sus actos estarán siempre refrendados careciendo de validez sin dicho refrendo.

Así, las cosas, el derecho de petición ante el Rey continúa la secular tradición que asociaba el mismo al estatuto real al que antes nos referíamos, si bien incardinado en la actualidad en un contexto constitucional que le impide discrecionalmente resolver de las cuestiones planteadas. El “impulsar, animar y ser informado de la acción de Gobierno” del constitucionalis-

mo británico (6) tiene en este derecho de petición su exponente pues no puede ocultarse el prestigio de la Corona para reconducir los deseos y aspiraciones de los ciudadanos ante los poderes públicos y autoridades a quienes incumba por imperativo legal su resolución.

### III

Cuestión interesante que puede plantearse a la hora de observar este derecho constitucional comentado sería la de plantearnos la "exigibilidad" de este derecho, expresión que pudiera parecer un contrasentido si consideramos que en muchas de las ocasiones las peticiones que se formulan son de carácter graciable y no exigibles en su consecuencia. No nos referimos, evidentemente, al contenido de la petición, sino al propio ejercicio del derecho, derecho que entendemos debe añadirse a lo que PEREZ LUÑO (7) denomina "derechos fundamentales dispersos" (8) esto es, derechos que por no tener su encuadre en el Título I de la Constitución, sino que se encuentran diseminados por el texto, no se benefician de la garantía del art. 53 provocando dudas sobre su tutela (9).

Reiterando la referencia al antecitado autor, la tutela del derecho de petición vendría configurada por:

- Garantía común de toda la Constitución de ser norma jurídica vinculante para los ciudadanos y poderes públicos (art. 9º.1).
- Garantía del recurso de inconstitucionalidad del art. 161.1.a)
- Garantía ante las reformas no esenciales de la Constitución (art. 167).

Por el contrario no se beneficia el derecho de petición de la tutela del Defensor del Pueblo por referirse su competencia a los derechos fundamentales contenidos exclusivamente en el Título I, encontrándose el comentado, comprendido entre los denominados "derechos fundamentales dispersos" con ubicación en otros lugares del Texto Magno.

### IV

Hasta aquí hemos efectuado un somero estudio del derecho de petición en el que ha quedado intencionalmente olvidado el punto 2 del art. 29 de la

(6) Inglés.

(7) "Los derechos fundamentales" PEREZ LUÑO. Temas clave de la Constitución Española.

(8) Derecho al ejercicio de la iniciativa legislativa popular (art. 87.3) al reconocimiento de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, a la información contenida en los archivos y registros administrativos y al procedimiento de los actos administrativos (art. 105), al derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121); a la facultad para ejercitar la acción popular y participar en la administración de justicia a través de la institución del Jurado (art. 125) o al reconocimiento del derecho a la participación de los interesados en la actividad de los Organismos Públicos cuya función afecta a la calidad de vida o al bienestar general y la participación en la empresa y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129).

(9) Hoy disipadas, entre otras, por STC de 15 de junio de 1981, 28 abril 1982 y 20 diciembre 1982.

Constitución, en el que se consigna que los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrían ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica. La salvedad constitucional referida a estos colectivos ha significado una reducción de quienes por determinados motivos tienen tal derecho peculiarizado; así, en la Ley Reguladora de 22 de diciembre de 1960, su art. 4º determina que "las Corporaciones, Funcionarios Públicos y miembros de las Fuerzas o Institutos armados sólo podrían ejercitar este derecho de acuerdo con las disposiciones porque se rijan". Se evidencia así pues que nuestra Constitución sólo ha dejado fuera de las normas generales del derecho de petición a los militares en aras de los principios de jerarquía y eficacia que son consustanciales a la Institución Militar.

Puestos a enunciar las normas por las que se regula el derecho de petición individual por los componentes de las Fuerzas Armadas, hemos de referirnos al Derecho de 18 de enero de 1962 que determina la forma de su uso, así como el Decreto de 2 de noviembre de 1977 sobre Organización y Funcionamiento de la Sección del Derecho de Petición del Ministerio de Defensa. En cuanto se refiere al ejercicio de Derecho de Petición ante S.M. El Rey como jefe Supremo de las Fuerzas Armadas hemos de referirnos igualmente a las Reales Ordenanzas Militares aprobadas por Ley 85/1978 de 28 de diciembre que en sus artículos 199 al 205 recogen las distintas posibilidades petitorias conservándose el denominado recurso "ante nos" procedente de las Reales Ordenanzas de Carlos III, normativa toda ella en virtud de lo cual fue creada la oficina del derecho de petición (OFIDEPE) de la Casa de S.M. El Rey, ubicada a efectos administrativos en el Cuarto Militar; y que está legalmente prevista en el Real Decreto 310/1979 de Reorganización de la Casa de S.M. (art. 5 apartado 3). Del volumen de peticiones efectuadas por miembros de las Fuerzas Armadas puede dar ejemplo el hecho de que durante los siete primeros años de monarquía se tramitaron por el Cuarto Militar 8.426 peticiones de las que 247 fueron resueltas favorablemente, 4.426 fueron de carácter informativo y otras 3.040 tuvieron resultado negativo al referirse a materia reglada y como tal no susceptible de derecho de petición al que los interesados pretendieron equivocadamente acogerse (10). La OFIDEPE ha venido actuando, de acuerdo con las disposiciones señaladas, como órgano de estudio de todas las peticiones dirigidas a S.M. por el personal de las Fuerzas Armadas y relacionadas con las mismas, tales como viudas, esposas, huérfanos, personal civil, etc. A tal efecto, se mantiene la correspondiente relación y, en su caso, resolución de las cuestiones planteadas. Destaca por su incidencia el estudio de los denominados recursos de agravios que, bajo cualquier modalidad, dirige el personal militar a S.M. El Rey, si bien esta modalidad ha sufrido importantes variaciones.

(10) Datos estadísticos del Cuarto Militar. Sección del Derecho de Petición. General Auditor José R. Gómez de Barreda.

Con independencia del factor importante de que todos los peticionarios han recibido contestación a sus demandas y a éstas se les dá el tratamiento o cauce legal adecuado, se ha conseguido la agilización y resolución por parte de la administración militar de expedientes atrasados; exención del servicio militar de personas que tenían derecho a la misma; modificación a iniciativa de la OFIDEPE de determinados artículos de la Ley y Reglamento del Servicio Militar; estudios enviados a las diferentes Juntas Militares tales como inclusión del derecho de los Oficiales con determinados años de servicio a la Placa de San Hermenegildo; despacho directo entre el Canciller y Soberano de la Orden sobre determinados expedientes de revisión extraordinaria; normas orientativas a los peticionarios de pensiones para la obtención de las mismas; posible ampliación de plazo a los mutilados para ingreso en el Benemérito Cuerpo y finalmente, despacho de los Jefes de la OFIDEPE, pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar, con los interesados para información a los mismos del estado o resolución de sus expedientes. En este aspecto es de destacar el hecho de que el Ministerio de Defensa señala en varios expedientes, tales como los de los recursos, que su resolución corresponde específicamente a la OFIDEPE (11) y, por otra parte, que un importante número de peticionarios dirigen escritos de lealtad y adhesión a S.M. El Rey dando las gracias por el interés demostrado en el tratamiento de su petición, incluso a pesar de haber recaído resolución denegatoria.

Una consideración especial nos merece el contenido del art. 201 de las indicadas Reales Ordenanzas que permiten "al militar que se sintiere agraviado el promover recurso, haciéndolo por sus Jefes y en buen modo, y cuando no lograre de ellos la satisfacción a que se considere acreedor podrá llegar hasta el Rey con la representación de su agravio". Este es el tradicional recurso "Ante nos" al que nos referíamos con anterioridad, si bien, aunque usado aún en la actualidad con profusión (vgr. en materia de ascensos) carece en la práctica de contenido ya que, completado todo un sistema de garantías legales administrativas y judiciales existen las suficientes formas de tutela que dejan dicho recurso sin virtualidad. Así lo estiman LANDIN CARRASO (12) y ALVAREZ ROLDAN y FORTUN ESQUIFINO (13).

Consecuente con la nueva legalidad, el Real Decreto 1/1987 estructuró orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa atribuyendo, las funciones correspondientes al Derecho de Petición a la competencia de la Secretaría General Técnica (Subdirección General de Recursos e Información Administrativa). Efectuándose por orden del Ministerio de Defensa de 14 de marzo de 1978 la transferencia de las funciones que en tal materia tenía encomendadas hasta la fecha las Secciones del Derecho de Petición de los antiguos Ministerios del Ejército, Marina y Aire.

(11) Boletín de Información para las FF.AA. nº 7. Derecho de Petición: Apuntes para su definición y conocimiento.

(12) Amancio Landín Carrasco, que considera este recurso como "norma jurídica, inoperante sólo sostenida por una tradición vacía de sentido".

(13) La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi 1986.

La Sección del Derecho de Petición del Ministerio de Defensa se encuentra constituida por tres secciones que tienen encomendadas respectivamente las materias relativas a personal, económico-administrativa y de propuesta de disposiciones legales y modificación de las existentes. Abarca, de esta forma, todo un abanico de posibilidades que se presentan al militar para conseguir, por este camino, la satisfacción de sus necesidades o intereses y en aquellos casos en los que la materia contemplada no sea de índole reglada. Aun en estos últimos supuestos la práctica ha permitido también completar insuficiencias jurídicas a través de la vía de petición mediante la aplicación de motivos de equidad, los cuales se analizan expresamente en las propuestas de la Sección encargada de gestionar el derecho de petición en el Ministerio de Defensa. La presencia del concepto de equidad sobre el de la estricta Ley en la práctica incita a una sana tensión permanente en los órganos administrativos que resuelven sobre materia reglada motivándoles para interpretar la norma en el sentido más favorable al administrado cuando sean posibles varias interpretaciones no todas ellas igualmente beneficiosas, haciéndose de esta forma vigente en materia de personal el principio "*pro operario*" que se sustenta en la legislación laboral. Sin embargo, es derecho de las normas que contemplan la discrecionalidad donde el derecho de petición puede moverse con mayor eficacia, debiendo citarse, a guisa de ejemplo, el Reglamento de provisión de vacantes de 31 de diciembre de 1976 donde se establece que las vacantes serán cubiertas discrecionalmente por el Ministro de acuerdo con las necesidades del servicio y circunstancias y características que concurren en las mismas, fundamento legal en derecho de petición que viene observándose sobre destinos de Oficiales y Suboficiales en atención a circunstancias personales o familiares realmente excepcionales, así como en los casos de traslado de Región del Personal de Tropa.

Hasta aquí hemos efectuado un ligero apunte de este poco conocido derecho constitucional desde su génesis histórica, hasta su encuadre constitucional, contenido y forma de ejercicio. Algunos autores le han definido como un derecho inocuo o inofensivo —de aquí el título del artículo— tal vez por estimar que en el momento actual en el que cada vez son más improbables los vacíos legales, la razón de ser de este derecho sea meramente histórica y residual, carente de una eficacia práctica inmediata. No obstante, ello, y como creemos haber expuesto en estas líneas, su misión —que admitimos residual en el Estado de Derecho, y como instrumento de trabajo— tiene al menos el enorme valor de dar a conocer los estados de opinión y necesidades subjetivas en materias concretas, evitándose de esta forma determinadas tensiones al motivar a quienes tienen el cuidado de la sociedad para corregir las disfunciones que se produzcan y articular los medios adecuados. Entendido así, el derecho de petición deja de ser derecho inofensivo para convertirse en fuente mediata del derecho con un contenido inagotable que en cada caso deberá marcar el desarrollo de una sociedad democrática y en constante evolución y perfeccionamiento.

## ¿HACIA UN RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION?

Jose Luis FERNANDEZ FERNANDEZ  
*Teniente Coronel Auditor*

El Consejo de las Comunidades Europeas ha adoptado recientemente, el 21 de diciembre de 1989, una nueva Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Tiende esta Directiva a garantizar la aplicación efectiva de las anteriores Directivas en materia de contratos públicos, así como de las normas nacionales de transposición del Derecho Comunitario. Para conseguir dicha finalidad, articula la Directiva dos procedimientos:

a) La posibilidad de que la Comisión, cuando considere que en un procedimiento de adjudicación se ha cometido una infracción clara y manifiesta del Derecho Comunitario, se dirija al Estado miembro y al "poder adjudicador", quienes en el plazo de 21 días vendrán obligados a dar una respuesta motivada.

b) La obligación de los Estados miembros de adoptar, con anterioridad al 21 de diciembre de 1991, las medidas necesarias para que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, en un procedimiento de adjudicación, puedan ser recurridas "de manera eficaz" y "lo más rápidamente posible", por parte de cualquier persona que tenga o haya tenido interés en la adjudicación. Los principios en que ha de inspirarse este recurso con los siguientes:

- Ha de ser rápido y eficaz.

- Nada impide que sea una Autoridad Administrativa la que resuelva el recurso, si bien, en este caso, su decisión ha de ser motivada y con posibilidad de una ulterior impugnación ante una jurisdicción, en el sentido del art. 177 del Tratado CEE. Al diferenciar la Directiva entre "poder adjudicador" y "Organismo de base", parece conveniente que este recurso administrativo no sea el de reposición.

- La Autoridad que resuelva el recurso ha de tener los poderes necesari-

rios para adoptar, con carácter de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción, incluida la suspensión, y para anular las posibles decisiones ilegales de los poderes adjudicadores.

Publicada la Directiva que comentamos y teniendo en cuenta, sobre todo, su espíritu, tendente a conseguir un recurso "rápido" y "eficaz", hay que poner en tela de juicio dos tradicionales principios de nuestra contratación administrativa:

- El consagrado en el artículo 19 de la Ley de Contratos del Estado de que los acuerdos del Organismo de Contratación ponen fin a la vía administrativa.

- El ordinariamente mantenido de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los actos provisionales, incluidos los de la Mesa de Contratación, no dan lugar a auténticos recursos, para cuya interposición habría que esperar al acto de adjudicación definitiva. Ello hacía que, de hecho, nunca se suspendiera un procedimiento de adjudicación, cosa que, en cambio, sí prevé la Directiva.

Es de destacar, en relación con estos aspectos, que en el seno del Ministerio de Defensa fue ya instaurado el recurso de alzada por el Real Decreto 1127/86, de 6 de junio, de desconcentración de facultades en materia de contratación administrativa, cuyo artículo 3-3 determinaba que los recursos contra los actos y acuerdos de los Organismos de Contratación, en el ejercicio de las funciones que se desconcentran, serían resueltos por el Ministro de Defensa. Es evidente que esta Autoridad, y en uso de la delegación concedida por la Orden Ministerial 39/1988, de 6 de mayo, el Secretario de Estado de la Defensa, ostenta las potestades que la Directiva requiere del Organismo llamado a resolver el recurso, si bien, y hasta que la Ley de Contratos del Estado sea modificada en esta materia, puede que sólo lleguen a su conocimiento los auténticos "recursos", esto es, las reclamaciones que se formulen contra los actos de adjudicación definitiva, en virtud de lo dispuesto en el ya referido artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Nada impediría, sin embargo, que hasta tanto tal modificación se produzca, se cursaran unas Instrucciones a los Organismos de Contratación encareciéndoles la urgente remisión de los recursos tan pronto como sean interpuestos a la Autoridad llamada a resolverlos, quien, a la vista de las circunstancias concurrentes, podría suspender provisionalmente la ejecución del acto impugnado.

Con ello, además de colmarse una exigencia de justicia material, vendría a cumplirse en buena medida la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, hasta tanto, en su caso, se adecúen a sus preceptos la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento.

## LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL MILITAR

Juan M. GARCÍA LABAJO  
*Comandante Auditor*

### 1. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, se puso fin en nuestro Ordenamiento a una extensa obra legislativa de reforma de la Jurisdicción Militar, cuyo mantenimiento y existencia en cuanto tal jurisdicción especial, de ejercicio limitado al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, garantizaron constitucionalmente en su día nuestros constituyentes del 78, mediante la previsión contenida en el art. 117,5 de la Constitución Española.

Tal obra o proceso legislativo de reforma, que al decir del actual Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo "ha sido, con toda seguridad, el esfuerzo más serio de nuestra historia por modernizar la jurisdicción militar" (1), representó desde el punto de vista positivo una paulatina liquidación del Código de Justicia Militar de 1945, texto normativo de contenido amplio y heterogéneo que vino a significar en su tiempo —ya lo hemos dicho otras veces (2)—, más que una reforma, una refundición del Derecho Militar hasta entonces vigente, constituido por el Código de Justicia Militar de 1890, aplicable en el Ejército de Tierra (3) y por el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894, aplicables en la Armada; de manera que, a la postre, el contenido sustancial de aquella ley militar de postguerra, hoy finalmente liquidada, databa nada menos que del siglo XIX.

El arranque de este proceso legislativo liquidatorio puede decirse activado por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre de reforma del Código de Justicia Militar, plasmación legislativa de determinados aspectos particu-

(1) JIMENEZ VILLAREJO, José. "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar". En *Revista Española de Derecho Militar* núm. 53, Tomo I, pág. 25: "... o si se prefiere, por conservarla mediante la implantación en ella de los elementos de modernidad que eran imprescindibles para que continuase existiendo como jurisdicción especial".

(2) En "Comentarios al Código Penal Militar". Editorial Civitas. Madrid, 1988, pág. 1509.

(3) Desde su creación en 1939, también en el Ejército del Aire.

lares de los "Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política" de 1977, más conocidos como los "Pactos de la Moncloa". De manera urgente y parcial modificó aquella Ley Orgánica 9/1980 el Código de 1945 en lo que se estimó más necesario e imprescindible, al tiempo que sus Disposiciones Finales preveían una "Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma" para lo cual se constituiría "una comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar", que dió sin embargo, sus primeros frutos algo más tardíamente, en 1985, año en el que se promulgaron dentro de la II Legislatura la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, para alumbrarse luego, ya en la siguiente Legislatura, otras dos Leyes Orgánicas de contenido adjetivo y que son las que aquí nos interesan en mayor medida: primero, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, finalmente, la Ley Orgánica Procesal Militar, antes citada (4).

Con respecto a esta última, hay que convenir con LORCA NAVARRETE en que "lo que más caracteriza el conjunto de la regulación de la LPM es su fidelidad al modelo procesal común" (5); en otras palabras, que el nuevo proceso penal militar delineado en la misma abandona los acusados rasgos inquisitivos con que se construía el anterior procedimiento penal castrense en el Código de Justicia Militar, para adoptar decididamente el mismo sistema acusatorio formal que rige el proceso común de la Ley de Enjui-

(4) Conforme a las previsiones establecidas en su Disposición Final Segunda, la Ley Orgánica 4/1987 había de entrar en vigor el primero de mayo de 1988. Sólo unos días antes se determinó en virtud de Ley 9/1988, de 21 de abril, la Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, de manera que los nuevos órganos jurisdiccionales de lo militar se constituyeron y dieron materialmente comienzo al ejercicio de sus funciones el 2 de mayo (el 3 los de sede en Madrid) del indicado año 1988. A la espera de las nuevas normas procesales que luego incorporó la Ley Orgánica Procesal Militar de 1989, se arbitró como solución de continuidad en la Disposición Adicional de aquella Ley de Planta la regla de Derecho Transitorio consistente en que la normativa procesal penal que entre tanto habría de aplicar la Jurisdicción Militar en esta nueva etapa orgánica sería la contenida en "el Tratado Tercero, Procedimientos Militares, del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, acomodado a la estructura, terminología y atribuciones de los órganos que determina la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio", cláusula ésta que, durante el periodo aproximado de un año en que se mantuvo, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica Procesal Militar, dió lugar en la práctica judicial a no pocos problemas de difícil solución y de los que tuvimos nosotros mismos propia y personal experiencia en los dos Tribunales Militares Territoriales en los que servimos y de los que formamos parte por aquel tiempo; en el Tercero, de sede en Barcelona y luego en el Primero, de sede en Madrid.

(5) LORCA NAVARRETE, Antonio M<sup>a</sup>. "Comentarios a la Ley Procesal Militar". Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 1990, pág. 18. Se trata, hasta donde se nos alcanza, del primer y único estudio doctrinal, del proceso militar que se ha publicado en España. Sólo por eso resulta meritoria la obra, máxime cuando en esta pionera labor exegética de los preceptos de la Ley ha obrado en lo más el autor con extensión nada desdeñable —de 624 páginas consta el libro— y con evidente acierto. Falta quizá homogeneidad en el tratamiento que se dedica a los quinientos veintidós artículos que incorpora el texto de la Ley. De ahí que se eche de menos un más profundo análisis con respecto a algunos de ellos, entre los que se cuentan no pocos de los que a continuación se expondrán en las páginas del presente estudio.

ciamiento Criminal, que en la Disposición Adicional Primera se establece será de aplicación supletoria a los procedimientos penales militares y cuya regulación sigue con fidelidad el legislador militar, apartándose tan solo de la misma en aquellas cuestiones cuya especialidad, derivada del Derecho sustantivo que se ventila en el proceso y de la Institución Militar en que se aplica, reclama soluciones jurídico-procesales diferenciadas.

En la concreta cuestión relativa al régimen procesal de la acción civil "ex delicto", objeto de nuestro estudio, tres son básicamente las especificidades que destacan con respecto al proceso común, unas justificadas por aquellas exigencias sustantivas e institucionales antes dichas y otras no tanto. En primer lugar, los supuesto de prohibición legal de la constitución en parte del perjudicado como ejercitante de la acción civil. En segundo lugar, la inclusión del principio de oficialidad en la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal. Y, últimamente, la regulación, dentro de la normativa procesal penal, de un específico procedimiento para la liquidación de las responsabilidades declaradas en la misma sentencia sin determinación de su importe.

## 2. LAS PARTES CIVILES

Con arreglo al mismo sistema común de acumulación o conexión heterogénea de pretensiones en el proceso penal, consagrado en los arts. 109 y siguientes LECrim, el art. 127 LPM –y ya antes en igual sentido el 108 LOCOJM– establece la regla general de que "podrá mostrarse parte en el procedimiento como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar".

Se trata, pues, de una parte civil que, como tal, resulta contingente y no necesaria en el proceso penal, de manera que, aun sin su personación en los autos, la acción civil *ex delicto* se ventila igualmente en el proceso y se decide en la sentencia, a menos, claro está, que su titular expresamente la renunciase o de la misma manera se la reservase para ejercitarla después con separación, una vez terminado el juicio criminal, si a ello ha lugar. Fuera de estos últimos supuestos, será entonces el Fiscal Jurídico-Militar quien la ejercite juntamente con la penal (art. 108 LECrim., y preceptos concordantes, a los que remite el art. 122 LPM).

La intervención del actor civil se configura, pues, como un derecho –no como una carga– y, en concreto, como el "derecho al proceso" que encuentra en última instancia su respaldo y garantía constitucional en el art. 24,1 de la Constitución Española. Y en este sentido, puede y debe afirmarse que los precitados arts. 108 LOCOJM y 127 LPM son reflejo obligado de aquella enunciación constitucional. De ahí que nuestras leyes procesales militares del pasado no recogiesen preceptos de significación análoga e incluso se

entendiese unánimemente proscrita la intervención del actor civil en el procedimiento penal militar ordinario (6).

Tal proscripción histórica derivaba del propio silencio que al respecto guardaba el Código de Justicia Militar, del que, a reserva de lo que se expresará luego, en ningún lugar se declaraba supletoria, como ahora, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; como en ninguno de los preceptos de aquél Código relativos a la ordenación y regulación del proceso se preveía tampoco la posibilidad de intervención del actor civil. Ya en las postrimerías de la vigencia del Código del 45 el Tribunal Constitucional encontró, sin embargo, un resquicio por donde introducirla.

El art. 452 del Código prevenía en su redacción primigenia:

“Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o denuncia, o a instancia del Fiscal Jurídico Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada”.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/1980 este art. 452 quedó, en lo que ahora interesa, redactado en los siguientes términos:

“2º. En ningún caso se admitirá la querrela. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos solo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor” (7).

En base a este precepto, que a todas luces se refería al ejercicio de la acusación privada, admitió sin embargo el Tribunal Constitucional la posibilidad de la intervención del actor civil en el proceso penal militar, aun cuando no se tratase de delitos privados como los prevenidos en el art. 452, 2º que acaba de transcribirse.

En efecto, en el recurso de amparo núm. 809/1983, promovido por los padres de un fallecido a consecuencia de disparo de arma de fuego realizado por un miembro de la Guardia Civil, y a los que se había denegado la pretensión de personación en la causa seguida por la Jurisdicción Militar, la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó Sentencia núm. 97/1985, de 29 de julio, en la que sin declarar empero la inconstitucionalidad del referido art. 452, 2º CJM –luego veremos por qué– sino, antes bien, sobre la afirmación de que “se hace forzoso buscar una interpretación del artículo (...) que, sin cuestionar su naturaleza constitucional, lo cohoneste con aquel derecho” del art. 24,1 CE, concedió con todo el amparo solicitado, reconociendo el derecho de los recurrentes a “su admisión como parte en la causa”

(6) Sí, en cambio, se admitió y reguló dicha intervención en el procedimiento penal especial del que conocía la Jurisdicción Militar con arreglo a las normas del Decreto 1401/1964, de 17 de diciembre, para el enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor.

(7) Véase nota anterior.

y sentando para ello la doctrina —la buena doctrina desde un punto de vista constitucional, aunque menos buena desde la óptica jurídico procesal, por lo confuso de la terminología utilizada— de que en los supuestos, como el del caso, de “ejercicio de la acción privada por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidas de un posible agravio directo, por la muerte de un hijo por un disparo de un miembro perteneciente a dichas Fuerzas (...), se ha de interpretar el artículo 452, número 2”, del CJM, de forma tan flexible que no impida al Instructor efectuar el oportuno ofrecimiento de acciones, permitiendo, por consiguiente, al agraviado o perjudicado personarse en el proceso”.

La publicación de la sentencia (8) dio lugar de inmediato a una Circular de la Fiscalía del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 30 de septiembre de 1985, sobre “Instrucciones a seguir respecto a la personación de víctimas y perjudicados en procedimientos militares”, en la que el Fiscal Togado, estimando “oportuno” efectuar determinadas “reflexiones legales y doctrinales sobre (...) la posible interpretación de los conceptos “acción privada” y “personación en el proceso” que recoge el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia”; y tras dejar sentado, con cita de la doctrina jurídica especializada, que “la acción privada es únicamente admisible en los procedimientos instruidos por delito sólo perseguible a instancia de parte (delitos denominados privados)”, llegaba a la conclusión de que la “acción privada” a la que se refería la sentencia en cuestión aludía “al ejercicio de una acción en defensa de derecho o intereses privados en un proceso público”, o sea, a la “acción civil”, de manera que el derecho de los perjudicados a “personarse en el proceso” penal castrense quedaba limitado “a las facultades que la Ley de Enjuiciamiento Crim. confiere al actor civil en sus artículos 320, 385, 651, 735, 854 y sus concordantes”. Así llegó a institucionalizarse desde 1985, aun en el anterior estado de nuestra legislación militar positiva, la intervención del actor civil en el proceso penal militar.

Algo parecido, aunque no igual, sucedió también con respecto a otra de las partes civiles cuya intervención en el proceso penal admite ahora con normalidad el legislador de la LPM. Nos estamos refiriendo al que la LECrim. denomina “tercero civilmente responsable” (arts. 615 y ss.) y para el que es denominación más usada en la LPM la de “persona civilmente responsable” (arts. 85, 279, 306 y 314) o la de “responsable civil” a secas (arts. 12 y 309).

Limitada, como está hoy ordinariamente, la competencia de la Jurisdicción Militar al conocimiento de los delitos militares, con práctica exclusión de los comunes (9), en tiempo de paz —luego hablaremos de la guerra— no

(8) B.O.E. núm. 194, de 14 de agosto de 1985.

(9) Art. 3,2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Disposición Derogatoria del Código Penal Militar; y art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, modificado este último precepto en virtud de la Disposición Adicional Sexta de la Ley Procesal Militar.

resultan fácilmente imaginables (10) otros supuestos de responsabilidad civil de tercera persona que no sea el Estado, en su condición legal de responsable civil subsidiario "por los delitos que hubieren cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio", conforme al art. 48 del Código Penal Militar. A este respecto establece la LPM en su art. 128, párrafo primero:

"Cuando de la instrucción del procedimiento aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil del Estado, se pondrá en conocimiento del órgano directivo de los Servicios Jurídicos del Estado, a efectos de personación en autos".

Es esta también una novedad con respecto a la legislación anterior, por cuanto que en todo el Tratado Tercero del Código de Justicia Militar, relativo a los "Procedimientos Militares", no estaba prevista la intervención del responsable civil en el proceso penal militar ordinario por delito. Incluso la del Abogado del Estado, como representante en juicio del mismo, tampoco tenía sentido alguno, supuesto que la responsabilidad civil subsidiaria correspondiente a aquél, que también establecía el art. 206 del CJM en términos análogos a los del 48 CPM, no era cuestión que se ventilase en el proceso penal ni se decidiese la sentencia. La declaración de dicha responsabilidad subsidiaria ni funcionalmente competía al propio Tribunal sentenciador, ni se efectuaba tampoco en el mismo procedimiento penal (11).

He aquí, sin embargo, que en 1986, con la entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar (12), hubo de salvarse "*a fortiori*" el defecto de normas procesales que posibilitasen la intervención en juicio del representante del Estado, cuya responsabilidad subsidiaria iba ya a ventilarse dentro del proceso:

(10) Aunque, con todo, posibles. En estos otros responsables civiles distintos al Estado debe estar pensando la LPM cuando en el Capítulo VII del Título II de su Libro II (arts. 190 y ss.) se refiere a las diligencias sumariales de aseguramiento de las responsabilidades civiles de tercero, que conjuntamente regula con las de aseguramiento de las del mismo procesado o responsable principal, previendo además especialmente el supuesto de que las mismas se hallaren parcial o totalmente cubiertas mediante seguro público o privado. Por cierto, que no compartimos el parecer de LORCA NAVARRETE -op. cit., págs. 262 y 263- de que el tercero civilmente responsable no puede promover el incidente prevenido supletoriamente en los arts. 616 y ss. LECrim. con el fin de liberarse de la obligación de afianzar o de lograr que se alce la traba sobre los bienes embargados.

(11) Se trataba de un complicado sistema, resultante de la conjugación de los arts. 206 y 1.062 CJM -"procedimiento de carácter civil", lo conceptuaba este último y cuyo esquema era en síntesis el siguiente: cuando la responsabilidad civil sentenciada no pudiera hacerse efectiva por insolvencia del culpable, la Autoridad Judicial podía acordar que se exigiese en todo o en parte la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo, si lo estimaba "justo" -en tiempos fue práctica usada la de condicionar este acuerdo a la situación económica en que en otro caso habría de quedar el perjudicado-; de este acuerdo, con el que se formaba pieza separada junto con testimonio de los particulares pertinentes del procedimiento, se daba traslado para informe al Ministerio militar correspondiente y seguidamente se cursaba el expediente al Consejo Supremo de Justicia Militar que, previo dictámen del Fiscal Togado, declaraba finalmente la "responsabilidad o irresponsabilidad civil subsidiaria del Ejército".

(12) Conforme a su Disposición Final, entró en vigor el nuevo Código el 1 de junio de 1986, seis meses aproximadamente después de su publicación en el B.O.E. Este dilatado período de "*vacatio legis*", que se adoptó con buen acuerdo al objeto de divulgar antes su contenido en el seno de las Fuerzas Armadas, ya da idea de la profundidad de la reforma antes aludida.

“El Estado es responsable civil subsidiario –decía aquel art. 48– por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia”.

El caso es que no era solamente el Código de Justicia Militar –todavía vigente entonces en el aspecto procesal, recordemos– el único texto normativo que se mostraba insuficiente en este punto (13). El Texto Refundido del Reglamento Orgánico de la antigua Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por decreto de 27 de julio de 1943, cuyas prescripciones procesales relativas a “la defensa del Estado en lo Criminal” (Capítulo VI) había dejado vigentes la Disposición Adicional Primera del reciente Real Decreto 850/85, de 5 de junio, sobre Organización de los Servicios Jurídicos del Estado, tampoco contenía previsión al respecto (14). Es más, el Real Decreto 849/85, también de 5 de junio, sobre el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, no había previsto siquiera la adscripción de puesto orgánico ninguno correspondiente a dicho Cuerpo ante los órganos de la Jurisdicción Militar.

Bastó a tal fin, sin embargo, la genérica declaración contenida en el art. 447,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre representación y defensa del Estado en juicio por “los Letrados integrados en los servicios jurídicos” de aquél, más la previsión de análogo sentido-orgánico más que procedimental– que se efectuaba en el art. 5º del R.D. 850/85, antes citado, y que expresamente se refería a la representación y defensa del Estado “ante cualesquiera jurisdicciones”. De este modo se dió entrada al mismo en la Militar, posibilitando su intervención como parte civil en el proceso penal castrense y evitando que, por defecto de normas procesales, pudiese condenarse al mismo “*inaudita parte*” en concepto de responsable civil subsidiario, con manifiesta infracción del principio de proscripción de la indefensión constitucionalizado en el art. 24,1 CE (15).

(13) La Disposición Adicional de la Ley de Planta hubo también de reformar el art. 1.062 del Código, que quedó redactado en los siguientes términos: “cuando la responsabilidad civil de que se trate sea la subsidiaria del Estado derivada del artículo 48 del Código Penal Militar, firme la sentencia o el acuerdo del Tribunal que declare procedente exigirla, ordenará éste que se tramite pieza separada, que encabezará con testimonio de particulares, entre los que ha de figurar siempre la resolución del procedimiento. Una vez completa la instrucción, se elevará lo actuado al Ministerio de Defensa para su ejecución”.

(14) Sí, en cambio, en cuanto a la defensa del Estado como perjudicado “por delitos comunes”: art. 76, que ordena al Abogado del Estado mostrarse parte en la causa y ejercitar “la acción penal y la civil que proceda”. Luego volveremos sobre la cuestión.

(15) Hay que decir, sin embargo, para ser del todo respetuosos con la Historia, que en aquel interregno no siempre las cosas se entendieron así. A veces dejó de atribuirse a la norma sustantiva del art. 48 CPM una correlativa consecuencia jurídico-procesal que obligase a citar y a oír en juicio al representante del Estado para que pudiese declararse su responsabilidad civil subsidiaria. Así en la Sentencia de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha 2 de marzo de 1988 –REDEM núm. 52, págs. 230 y ss.–: “... en el actual estado legislativo de los procedimientos penales castrenses y en su específico ámbito, puede afirmarse que la pretendida declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado no supone una condena *in esentia*, que exija el que se haya dirigido previamente la acción contra el Estado (...)”.

### 3. PROHIBICIONES DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL .

No es ilimitado, al parecer, ni tal vez corresponda a todos por igual, el derecho a “mostrarse parte en el procedimiento como actor civil” que antes vimos consagrado en el art. 127 LMP.

La dicción literal del párrafo primero de este artículo es el siguiente:

“Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”.

Dos límites a aquel derecho se nos aparecen, pues, con la sola lectura del precepto: “salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar” –primero– y “excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación” –segundo–.

Comenzando por este último, hay que decir que el art. 127 LPM trae en este punto su causa del precepto de idéntica significación contenido en la precedente LOCOJM, cuyo art. 107 párrafo segundo se expresó en los siguientes términos:

“No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria”.

Es fruto esta última coletilla final del precepto de una enmienda introducida en el debate parlamentario sobre el Proyecto remitido por el Gobierno (16). Acaso resultara innecesaria, a la vista del art. 112 LECrim, de general eficacia supletoria en el procedimiento castrense, según antes se dijo.

Y viene al caso la cita de este avatar parlamentario porque sorprende la “obediencia ciega” –y por lo mismo errática– con la que nuestros encargos de legiferar siguieron los pronunciamientos que en su día había efectuado el Tribunal Constitucional en una cuestión parecida, pero no igual, a esta de la intervención del actor civil que se regula en el precepto y que el legislador ordinario acabó proscribiendo en el supuesto previsto de la existencia de una relación militar de jerarquía entre las partes. Se trata, pues, cabalmente de una prohibición legal de ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal por el perjudicado u ofendido, con la consiguiente atribución de su monopolio al Fiscal Jurídico Militar –siempre salvo el sobreentendido caso de reserva–; y como quiera que tal derecho al ejercicio de la acción; o derecho al proceso, encuentra su respaldo en el art. 24,1 de la Constitución,

(16) Enmienda núm. 347, del Grupo Socialista del Congreso. La tramitación parlamentaria de la LOCOJM puede seguirse en REDEM, núm. 53, Tomo I, págs. 165 a 551.

ocurre al final que estamos en presencia de una limitación legal al ejercicio de derechos fundamentales.

Ya en el mismo Preámbulo de la LOCOJM se justifica el legislador sobre el por qué de la excepción: "...siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional". La cita es errónea, a nuestro juicio (17).

Examinando la constitucionalidad del art. 452, 2º del anterior Código de Justicia Militar, que prohibía el ejercicio de querrela (18), lo que el Tribunal Constitucional había dicho en el Auto núm. 121/1984, de 29 de febrero, recaído en recurso de amparo demandado por un Coronel que pretendía querrellarse contra su General por presunto abuso de autoridad en el que a su entender había incurrido al sancionarle de manera improcedente en la vía disciplinaria, era que el derecho a ejercitar querrela, que encuentra su cobertura y garantía constitucional en el art. 24,1 en relación con el 125 CE, puede

"sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o le veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, pues todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en supuestos de conflicto, un límite para otros bienes o intereses constitucionalmente relevantes... (FJ3)".

Sobre esta premisa hermenéutica, se sienta a continuación en el FJ4 la doctrina de que:

"La importante función que el art. 8.1 de la C.E. asigna a las Fuerzas Armadas, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional para el logro de los altos fines que han de cumplir según dicha norma específica, lo que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz, de la que entre otras singularidades deriva el reconocimiento en el art. 117.5 de la Ley superior de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria, y muy especialmente en el supuesto que afecte a las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, al exigir la profesión castrense por su especial naturaleza una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico (...). Esta especificidad y singularidad de la jurisdicción militar es la que determina y justifica el carácter constitucional del mandato del art. 452.2 del C.J.M. prohibiendo, por regla general, el ejercicio de la querrela en los procesos castrenses (...) puesto que debe entenderse como valor preferente el carácter militar de la situación creada y el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército, que el enfrentamiento jurisdiccional directo, con la actuación criminal (...)"

Tal doctrina la expuso también luego sintéticamente el Tribunal Consti-

(17) También al Tribunal Constitucional se le achacó esta doctrina en el debate plenario del Congreso, aduciéndose que aquél "marca una senda por la cual a veces es preciso acomodar los preceptos legislativos" (Sr. Cuesta Martínez). Vid. el citado núm. 53 de REDEM, pág. 369.

(18) Vid. supra, pág. 160.

tucional en la Sentencia 97/1987 que antes examinamos (19), aunque precisamente para decir a continuación que la misma no era válida en supuestos no coincidentes "con las bases que sostenían el Auto de 29 de febrero de 1984", a saber: relación de subordinación y pretensión de querrela por delito atribuido a la competencia de la Jurisdicción Militar, que no debe admitirse en aras al mantenimiento de la disciplina, que se perjudicaría por "el enfrentamiento jurisdiccional directo, con la actuación criminal".

A nuestro modesto entender, tampoco debería haberse extendido la prohibición, como en los arts. 107 LOCOJM y 127 LPM se ha hecho, cuando lo que se ejercita en el procedimiento penal no es la acción criminal, sino la meramente civil, cuyo objeto no es cabalmente una pretensión de condena penal del inculpado, sino el ejercicio de un crédito reparatorio frente al mismo, que si se ventila ante la Jurisdicción Militar y no ante la Ordinaria -a cuyo acceso nadie imagina prohibición alguna por muy grande que sea la dosis de jerarquía existente- es únicamente por razones de economía.

En todo caso, la interpretación de los referidos preceptos legales merece ser efectuada en forma restrictiva, de suerte que no se excluya la intervención del actor civil cuando el crédito reparatorio lo ejercite -como por desgracia se impone a veces en la praxis- no el propio ofendido, sino los causahabientes del mismo, fallecido a consecuencia de los hechos objeto de procedimiento, ni cuando aquél, siendo militar en la época de ocurrencia de los hechos, no pertenezca ya a las Fuerzas Armadas por haber cesado en la situación de actividad o servicio en filas "antes del trámite de calificación del delito", momento hasta el que resulta y es procesalmente viable su personación en los autos, conforme al art. 110 LECrim...

La otra prohibición legal que encuentra el perjudicado para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal aparece aludida en el inicio mismo de la redacción positiva del art. 127 LPM:

"Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar..."

Este "supuesto" no es otro que el de caso de guerra:

"En tiempo de guerra (20) -dice el art. 168 LOCOJM-, en el ámbito de aplicación de este título (21), no se admitirán la acusación particular, ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria" (22).

(19) Vid. supra, págs. 160-161.

(20) Art. 14 CPM: "A los efectos de este Código se entenderá que la locución "en tiempo de guerra" comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de la guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas".

(21) Art. 158 LOCOJM: "El Gobierno podrá disponer que, en atención al alejamiento de la zona de combate, tranquilidad pública en amplias zonas geográficas, normal funcionamiento de las instituciones u otras circunstancias, no sean de aplicación las especialidades propias del tiempo de guerra que se recogen en este Título, en la actuación de la jurisdicción militar, en los lugares, regiones geográficas o territorios que señale".

(22) Otra vez esta última coletilla, fruto de una enmienda del Grupo Socialista del Congreso: núm. 375.

Parece obvio que no son razones de mantenimiento de la disciplina las que han aconsejado aquí al legislador la proscripción de la intervención del actor civil, sino más bien razones de orden práctico, pensando tal vez en que las actuaciones jurisdiccionales que constituyen el proceso pueden verificarse en momento y lugar extraordinario, “cuando no funcionen normalmente los Colegios de Abogados, o fuera del territorio nacional”, como prevé expresamente el art. 167 que inmediatamente precede a este que estamos ahora comentando.

En este sentido, el afán del legislador militar por dotar a la Jurisdicción Castrense de especiales normas procesales de guerra, que permitan a todo trance la administración de una justicia “de campaña”, encuentra su maximum en la regulación del llamado “procedimiento sumarísimo”, que se contiene en el Título II del Libro III (arts. 397 y ss.), aplicable únicamente a los delitos militares falgrantes para los que la ley señalare pena de muerte y a aquellos otros –militares o comunes cuyo enjuiciamiento compete a la jurisdicción de guerra– en que así lo declare el Gobierno por afectar gravemente a la moral, a la disciplina o a la seguridad militar.

Especialidad singularísima que se cuenta entre las normas de este “*ius in bello*” que gobiernan la regulación del sumarísimo es la del art. 400:

“5ª. Se podrá acordar, cuando se considere necesario, que las cuestiones relativas a las responsabilidades civiles queden deferidas al período de ejecución de sentencia, sustanciándose tan sólo la pieza principal”.

Con todo, la recta inteligencia del precepto exige a nuestro entender la precisión de que no se trata de establecer aquí la regla de que, a más de no ser permitida la intervención del perjudicado en el procedimiento penal especial como ejercitante de la acción civil, ni siquiera legue tampoco a discutirse ésta última en el contradictorio de las dos únicas partes existentes: el Fiscal y el Defensor, cuyas funciones pueden, por cierto, atribuirse en caso de necesidad a personal que no reúna la condición de funcionario del Cuerpo Jurídico Militar, por lo que a la parte acusadora se refiere, y aún ni siquiera la de Licenciado en Derecho por cuanto a la defensa respecta. Son las figuras del “Fiscal Habilitado” y del “Defensor Militar”, que se regulan en los arts. 166 y 167 LOCOJM.

Quizás con estas advertencias orgánicas se entienda mejor el sentido y la finalidad de la regla 5ª del art. 400 LPM, la cual es visto se concibe y regula como facultad del órgano jurisdiccional –“se podrá acordar”–, meramente potestativa por tanto y sin vocación de generalidad –“cuando se considere necesario”–. Se trata de apurar al máximo la celeridad en la resolución de la cuestión criminal, sin que la civil derivada e infravalente (23) haya de quedar por ello imprejuizada. Simplemente, no hay ni se practican diligencias sumariales de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias –“sus-

(23) LORCA NAVARRETE, op. cit., pág. 425: “Se establece la prevalencia de las actuaciones sumariales relativas a la declaración de responsabilidad penal sobre las que concurren con las relativas sobre responsabilidad civil”.

tanciándose tan sólo la pieza principal”–, pero la regla no autoriza a que las partes obvien en sus calificaciones respectivas los pedimentos relativos a las responsabilidades civiles que se aprecien ni a que la sentencia omita pronunciamiento sobre la cuestión (arts. 276, 279, 313, 322 y 85 LPM, de los que no se hace excepción en los correlativos 402 y 406 de la misma). Lo más que se permite y puede lícitamente hacerse en las calificaciones y en la propia sentencia es que tales pedimentos y el pronunciamiento jurisdiccional correspondiente se limiten a declarar la existencia de unas responsabilidades civiles cuya fijación cuantitativa dejen sin embargo para los trámites ejecutorios –“deferidas al período de ejecución de sentencia”–.

Grave imprevisión ha sido, en nuestra opinión con respecto a estos supuestos que determinan la aplicación de las normas de Derecho procesal necesario o extraordinario hasta ahora examinadas, el no haber excepcionado en las mismas –o arbitrado el sistema que más satisfactorio se estimare– la intervención en este juicio de guerra del representante del Estado, para el caso de que deba el mismo responder como responsable civil subsidiario –piensese, por ejemplo, en un delito de insulto a superior con resultado de muerte– (24).

Y ya que del Estado hablamos, conviene justificar ahora la afirmación que antes hicimos en el sentido de que tal vez, aun en tiempo de paz, no corresponda a todos por igual el derecho a mostrarse parte en el procedimiento penal castrense “como actor civil”, reconocido en el art. 127 LPM para el procedimiento ordinario. Por más que este último precepto otorgue el derecho en cuestión a “toda persona” que resulte lesionada en sus bienes o derechos como consecuencia de la comisión del delito, no parece que haya sido intención del legislador del procedimiento castrense la de modificar la regulación orgánica de la relación jurídico-procesal que se estableció antes en el art. 108, párrafo primero de la LOCOJM y que no hace imputación de tal derecho sino a “los particulares” perjudicados como consecuencia de la perpetración del delito. En este sentido, al Estado le estaría vedada la comparecencia en el proceso penal militar como actor civil. Piensese otra vez, por ejemplo, en un ilícito castrense de carácter patrimonial, como son los “delitos contra la hacienda en el ámbito militar” que se tipifican en el último Título de la parte especial del Código Penal Militar (arts. 189 y ss.).

Es más: las normas estatutarias que regulan la defensa en juicio de los intereses del Estado, constituidas por las prescripciones de aquel Reglamento Orgánico de 1943 antes citado (25) lo que ordenan al Abogado del Estado es que se personé y ejerza la acción civil que proceda –también la penal– en las causas “por delitos comunes” en que el Estado sea perjudicado (art. 76). Así vino a exponerse la justificación de esta solución positiva en la Sentencia

(24) El problema tiene, no obstanté, solución positiva en el art. 3º, 2 del R.D. 849/85 antes citado, habilitando con arreglo al mismo a “un Abogado en ejercicio” para que actúe en representación y defensa de los intereses del Estado en juicio.

(25) Vid. supra pág. 163, así como la nota 14.

de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 2 de marzo de 1988 (26):

“(...) la intervención procesal del Estado con personación como parte, actuando como actor civil (...) no tiene carta de naturaleza en el procedimiento penal militar como la de un particular, lo que tiene su fundamento, lógicamente, en su específica naturaleza, que, por ser castrense, es siempre tuteladora de los intereses y fines del Estado, en su carácter fundamentalmente disciplinario, en las misiones transcendentales del Fiscal Jurídico Militar y en las particularidades de su procedimiento, lo que ha motivado que en el art. 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (...) se limite el ofrecimiento de acciones y la misma acción civil al caso de lesión de bienes o derechos de un particular”.

(26) Vid. nota 15.

## EN TORNO A LA NUEVA JURISDICCIÓN MILITAR (\*)

Arturo HERNÁNDEZ MUNTIEL  
*Comandante Auditor*  
*Juez Togado Militar*

El 1 de mayo de 1988, de acuerdo con las previsiones de la Disposición Final Segunda de la L.O. 4/1987 de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (L.O.C.O.), entraba esta Ley en vigor y quedaban constituidos los nuevos órganos judiciales militares.

Hasta el momento, la jurisdicción militar había venido, históricamente en el Derecho Militar español y en gran parte del Comparado, rigiéndose, salvo raras excepciones a las que de inmediato aludiremos, por la máxima de que "quién ostenta el Mando debe ostentar también la jurisdicción". Este principio, que quebró con la citada L.O., ya fué proclamado por el Derecho bizantino romano oriental y por el régimen cesarista de Francia bajo Luis XIV, aunque de hecho se puede decir que siempre existió desde que apareció el concepto de Mando y disciplina, y sobre todo desde la aparición de los ejércitos permanentes, que es tanto como decir desde la misma aparición del Derecho Militar; así, el profesor GARCIA GALLO ya estableció la autonomía del Derecho Militar como consecuencia de la formación de los Ejércitos permanentes y de la necesidad de mantener la disciplina.

La separación operada entre el ejercicio del Mando y el de la Jurisdicción, impensable pocos años antes de la publicación de la L.O.C.O., ha sido, a mi entender, el cambio más importante de los que ha supuesto la nueva jurisdicción militar. Pocos antecedentes, y más doctrinales que legislativos, propiciaban en nuestra tradición jurídico militar, tal separación. Así, el Brigadier FELIU DE LA PEÑA publicó en 1850 sus "Fundamentos de un nuevo Código militar" y, un año más tarde, su "Proyecto de Código Militar". En la primera de estas obras propone la creación de una Magistratura Militar, con absoluta independencia judicial, sosteniendo el criterio de que no debe "entrometerse el Mando entre las leyes y los llamados para examinar sus

(\*) Lección inaugural pronunciada en la solemne Sesión Académica de apertura del XXX Curso anual de perfeccionamiento para la abogacía, dentro de la Sección de Práctica Jurídica de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

infracciones". En 1886, el Auditor de Guerra D. NICOLAS DE LA PEÑA CUELLAR publica el libro "Introducción al estudio del Derecho Militar", postulando la sustitución del Consejo Supremo de Guerra y Marina por una Sala Militar del Tribunal Supremo. Por último, el Decreto 11-5-1931 marca otro antecedente en este sentido, cuando confiere a los Auditores de Guerra y Marina, por imperio de una concepción técnico-jurídica de independencia judicial castrense, las atribuciones jurisdiccionales de los Capitanes Generales y demás autoridades con Mando Militar. Asimismo, dicho Decreto suprime el Consejo Supremo de Guerra y Marina y previene la creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a base de Magistrados procedentes de la Carrera Judicial y de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos.

Pero, dejada breve constancia de estos antecedentes, instalémonos en nuestros días.

El artículo 117-5 de la Constitución Española indica que "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y fundamento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio de acuerdo con los principios de la Constitución". En este mandato constitucional se asienta el espíritu del legislador en la *reforma operada* en relación con la Justicia Militar, que se puede concretar en dos ámbitos: uno, el de la competencia de la nueva jurisdicción militar, otro el de dotar a ésta de una organización investida de los elementos que se requieren en el Estado social y democrático de Derecho configurado en el mismo artículo 1 de dicho texto constitucional que permita el mantenimiento de la unidad jurisdiccional.

Pilares pues de esta reforma, producida al amparo de la Constitución Española, lo han sido la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, y la consecuencia necesaria de un procedimiento atemperado a los nuevos órganos: la L.O. 2/1989, de 13-4, Procesal Militar.

Estas tres leyes han venido a derogar, sucesivamente, los tratados II, I y III del Código de Justicia Militar de 1945 que regulaban, dentro de un mismo cuerpo legal, las partes sustantiva, orgánica y procedimental del Derecho Penal Militar.

Entremos pues a analizar, aunque sea someramente el primero de los ámbitos en el que se ha hecho especial hincapié a la hora de configurar la nueva jurisdicción militar: *el de la competencia*.

Dicha competencia, como indica el citado artículo 117-5º de la Constitución Española, debe abarcar el ámbito estrictamente castrense. Sin embargo dicho precepto constitucional que no hace sino delimitar programáticamente a la jurisdicción castrense para que no conozca de lo que no le sea propio, ha incluido un término el de "estrictamente" que en si mismo ya marcaba una pauta o, si se quiere, daba una pista al legislador, para que a la hora de concretar ese ámbito competencial lo hiciera en un sentido de constreñir o reducir al máximo esa competencia, ya que, de no ser así, sobraría ese

término de "estrictamente" y podría haber dicho sin perder su sentido, que "La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito castrense..."

Y efectivamente así es cuando el legislador, tras la solución de transición que supuso la L.O. 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, y en donde, junto con la competencia por razón del delito, se exigía que para que la hubiera por razón del lugar o de la persona, que debía quedar afectado el buen régimen y servicio de las FAS, plasma en el artículo 3-2 de la L.O.P.J., de 1-7-1985, que dice que "la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar..." sin perjuicio de lo previsto para el caso de estado de sitio o de guerra.

Vemos aquí, pues, la identificación que el legislador hace de "ámbito estrictamente castrense" igual a competencia únicamente por razón del delito, lo que quizá, más que delimitar la jurisdicción militar, lo que hace es, como literalmente indica el legislador en dicho artículo, limitarla, quizá incluso en exceso, como la práctica en ocasiones ha puesto de manifiesto, obligando a la inhibición respecto de delitos que evidentemente afectan exclusivamente a intereses militares normalmente por razón del lugar, pero que no han sido tipificados en el Código Penal Militar. Código Penal Militar que, en su Disposición Derogatoria, indica que especialmente quedan derogadas aquellas disposiciones referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito, dejándo definitivamente plasmada esa atribución de competencia únicamente por razón del delito.

Así pues, nos encontramos con que la obsesión por regularizar en el Código Penal Militar delitos exclusivamente de naturaleza militar y sin paralelismo en muchos casos en el Código Penal común, lo que ha producido ha sido el olvido de tipificar hechos que tanto afectan al régimen castrense como lo serían, por ejemplo: las llamadas vulgarmente "novatadas" que tendrían su paralelismo en las coacciones o lesiones del Código Penal común, salvo que uno de los sujetos activos fuese de empleo o graduación superior ya que entonces se podría reconducir como delito militar de abuso de autoridad; el cohecho que no lo fuese en procedimiento judicial, o casos tan flagrantes de olvido como el de no tipificarse el quebrantamiento de prisión preventiva acordada por un órgano judicial militar, ya que el Código Penal Militar requiere la condición de sentenciados en quienes quebrantaren la prisión, condición que claro está no tienen los presos preventivos.

A estos efectos no se puede dejar de traer aquí a colación la Sentencia de 2-4-1990 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en la que, ante una cuestión de conflicto negativo entre el Juzgado Togado Militar Territorial nº 42 de la Coruña y el Juzgado de Instrucción nº1 de Pontevedra, respecto de un presunto delito de quebrantamiento de una prisión preventiva por un legionario que lo estaba por una Causa militar, otorgó la compe-

tencia a la Jurisdicción Militar, fundamentándola en que el artículo 117-5º de la Constitución Española "nos lleva a extender el ámbito de la Jurisdicción Militar a aquellos supuestos en los que resultan lesionados bienes jurídicos de carácter militar", añadiendo que, "para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la Jurisdicción Militar, no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos y procesales que pueden entrar en colisión, sino que es necesario profundizar en el análisis de las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la jurisdicción "ordinaria" resolviendo finalmente que el bien jurídico atacado, en este caso concreto, tiene un carácter estrictamente castrense, que atribuya la competencia a la Jurisdicción Militar, con independencia de cual sea la normativa sancionadora aplicable".

Así pues, limitar la competencia por razón del delito, e intentar sentar este criterio de manera absoluta no es posible, ya que en todo caso habrá que contemplar los casos de conexidad como lo hace el artículo 14 de la L.O.C.O., atribuyendo la competencia a la jurisdicción que tenga señalada legalmente pena más grave y de incidencia al establecerse en sus artículos 16 que la "jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias" y, en este mismo orden de cosas, la Disposición Adicional Sexta de la L.O.P.M. tuvo que añadir al artículo 12-1º de la L.O.C.O. que, "en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal..." para, además de conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, de los que siendo susceptibles asimismo de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicaría éste. Aunque aquí la redacción dada a este precepto no deja claro si lo que se pretendía era eso, o bien que lo que se aplicaría en dicho caso sería la pena más grave cuando ésta correspondiese al Código Penal común manteniendo no obstante la calificación del delito del Código Penal Militar.

En resumen, quizá el criterio más idóneo sería el de la prevalencia del bien jurídico protegido para otorgar la competencia, según el interés afectado fuera o no relativo al ámbito castrense; sin embargo hay que reconocer que tal criterio, sostenido como hemos visto en reciente sentencia del Tribunal Supremo tiene difícil apoyatura legal, por no decir imposible, y que quizá se nos antoja demasiado casuístico como para otorgar la mínima suficiente seguridad jurídica exigible en un Estado de Derecho. Por todo ello el criterio del delito militar parece válido siempre y cuando se dejase la puerta abierta a la aplicación del Código Penal común en ciertos delitos que por razón del bien jurídico militar sería aplicable, bien jurídico militar que desde tiempos remotos, recogiendo a CASADO URBANO en sus "Comentarios al Código Penal Militar", puede apreciarse como un núcleo esencial de bienes y valores para normas penales que hacen relación directa a la eficacia de

las FAS en el combate, tales como el valor, la fidelidad, la lealtad, la obediencia o la disciplina...”

El otro ámbito en el que como apuntábamos anteriormente se ha configurado este nuevo orden jurisdiccional, ha sido el de *los órganos encargados de administrar la justicia penal militar*. Y aquí es donde se erige en pieza fundamental la ya citada L.O. de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Esta Ley es la verdadera piedra angular que nos muestra y materializa lo que significa el cambio operado, al atribuir, como se indica en el preámbulo de dicha Ley “exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de la jurisdicción”, reconociendo no obstante “legitimación especial en el recurso de casación a los Mandos Militares Superiores, al objeto de que éstos puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos”.

Vemos, pues, que esa separación del Mando y la Jurisdicción, supone la creación de esos nuevos órganos judiciales en la que se asientan los principios exigidos para garantizar una recta administración de justicia y que son especialmente dos: la independencia y la tecnificación.

En cuanto a la *independencia*, queda asentada sobre otros tres elementos básicos como lo son: 1) la *inamovilidad*, 2) la *responsabilidad* y *sumisión* exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan esta función y 3) la *predeterminación*.

En este sentido, la independencia también aquí encuentra su apoyo en este otro principio que, en relación con la institución militar, podríamos denominar de “exclusividad” y es al que ya nos hemos referido al hablar de la separación del mando de estos quehaceres judiciales y queda recogido en el artículo 2º de la L.O.C.O. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley” o cuando, en el último párrafo del artículo 7º se dice “Todos acatarán y cumplirá las sentencias y demás resoluciones de los órganos judiciales militares...”, incluso se conecta al Consejo General del Poder Judicial dándole entrada en este ámbito del orden judicial penal militar cuando el artículo 9º dice que “Las personas a que se refiere el artículo anterior, que se consideren perturbadas en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico”. Asimismo corresponde al Consejo General del Poder Judicial la inspección de todos los órganos de la jurisdicción militar, quien en su caso podrá delegar en uno de los miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

Pero, volviendo a los elementos citados, los de inamovilidad y responsabilidad encuentran su reflejo en el artículo 8 de esta Ley: "En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Su nombramiento, designación, cese, se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes" y el de predeterminación en el artículo 3º. "Todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será juez ordinario predeterminado por la ley".

Considero muy importante este artículo 3º, al utilizar la expresión de "Juez ordinario", ello supone la consideración de la Jurisdicción Militar no como una Jurisdicción especial, incompatible con la unidad jurisdiccional, sino como una especialidad de la jurisdicción única, al igual que podríamos hablar de jurisdicción civil, penal, contencioso administrativa o laboral.

Como colofón, toda esta armadura legal para dotar de independencia a los órganos judiciales militares, halla su refrendo en el Título VIII de la L.O.C.O. en donde se recoge el Estatuto de las Personas con funciones en la Administración de la Justicia Militar.

El otro principio enunciado en el que se asienta la nueva jurisdicción militar es el de la *tecnificación* de la misma. En este sentido, en los nuevos órganos judiciales (Tribunal Supremo Sala 5ª, Tribunal Militar Central, Tribunales Militares Territoriales, Juzgados Togados Militares Centrales, Juzgados Togados Militares Territoriales y órganos de la Fiscalía) la responsabilidad de la administración de justicia militar ha recaído casi exclusivamente en los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, cuyo personal es el único que tiene reconocido dentro de las FAS la exclusiva función técnico jurídica, y ello debido a que la totalidad de los componentes de los órganos judiciales y fiscales militares permanentes constituidos, pertenecen al referido Cuerpo Jurídico Militar, amén de un Fiscal del Tribunal Supremo de la carrera Fiscal, dependiente del Fiscal Togado, y los cuatro Magistrados de la carrera judicial del citado Alto Tribunal que, junto los otro cuatro procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, integran la Sala 5ª del mismo.

Así pues, la participación del militar no jurídico queda constreñida como Vocal no permanente, puesto que es insaculado para completar la constitución del Tribunal Militar, ya fuese del Central o de alguno de los Territoriales, y cuya misión de conocer se limita y agota con el caso para el que ha sido elegido por el referido sorteo o insaculación estando en todo caso en inferioridad numérica con los miembros permanentes jurídico militares del Tribunal en cuestión, al quedar en la proporción de 3 a 2 ó 2 a 1, y teniendo en cuenta que como órganos permanentes la Presidencia de los Tribunales Central o de los Territoriales recae siempre en un jurídico militar, al igual que ocurre con el cargo o función de ponente.

¿Y al militar como Mando? ¿que función se le ha permitido desempeñar en esta nueva jurisdicción militar?; ya hemos dicho que el Mando ha perdido

sus funciones de Autoridad Judicial Militar; sin embargo al Militar, como mando Superior, se le ha legitimado para poder interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en los procedimientos en los que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales o los Jueces Togados Militares. Esta legitimación, reconocida en el artículo 111 de la L.O.C.O., no se puede considerar tampoco una excepción a la tecnificación de la jurisdicción Militar ya que, a estos Mandos Militares Superiores se les asigna un Asesor Jurídico perteneciente por tanto al Cuerpo Jurídico Militar, el que, además de las otras funciones asesoras jurídicas o disciplinarias que desempeñe, será el encargado de preparar, redactar, articular, interponer y defender en todas sus fases el recurso de casación, personándose en autos en representación del Mando Militar Superior a cuyas órdenes actúe. Así pues, el que actúa llevando al tiempo la representación procesal como la dirección técnica, es el miembro del Cuerpo Jurídico Militar destinado en la Asesoría Jurídica Militar del Mando correspondiente, quien, como un cliente a su Abogado su función ajena a estrados, se limitará a indicarle cuales son los intereses esenciales de la Institución Militar que debe defender en ese recurso de casación.

No obstante, esta nueva institución del Mando como recurrente en casación ya ha tenido críticas como las vertidas por el propio Presidente de la Sala del Tribunal Supremo cuando, en un artículo publicado en el último número de la Revista Española del Derecho Militar, indica que "no erraríamos mucho si dijésemos que nos encontramos ante una norma difícilmente comprensible para quien carezca de una perspectiva histórica sobre la jurisdicción militar y, en cualquier caso, ante una norma suscitadora de problemas. Porque siendo evidentemente intereses públicos los que, como la disciplina se consideran esenciales para la Institución Militar, e incumbiendo al Ministerio Fiscal la defensa ante los tribunales del interés público tutelado por la Ley ¿qué sentido tiene encomendar, además, la defensa de aquellos concretos intereses a determinados Mandos Militares? ¿Es que los intereses esenciales de la Institución Militar integran una categoría autónoma dentro de los intereses públicos?" y "¿qué pensar de la posible discrepancia entre las tesis que respectivamente sostuvieron el Mando Militar a través de su Asesor Jurídico y el Fiscal Jurídico Militar, estando ambos sometidos, por distintos canales institucionales, a la autoridad del Ministro de Defensa?", terminando por concluir que "la legitimación establecida en el artículo 111 de la L.O.C.O.J.M. no es sino una versión atenuada o puesta al día del viejo "disentimiento", mediante el cual las Autoridades Judiciales Militares (es decir el Mando en el antiguo sistema jurisdiccional) cuando no estaban de acuerdo con la sentencia de un Consejo de Guerra desplazaban la resolución del caso al Consejo Supremo de Justicia Militar".

Sin embargo esta autorizada opinión, entiendo que no es lo mismo disentir como Autoridad Judicial, que recurrir como parte legitimada, y que en

todo caso esa figura procesal es merecedora de estudio especial por la peculiaridad que supone en el campo del Derecho Procesal, al parecer una nueva parte del proceso cuando ya éste ha llegado a su fin mediante una Sentencia aunque esta aún no haya adquirido firmeza.

Es evidente, dicho esto, que careciendo formalmente de esta ayuda técnico jurídica, las actuaciones del antes señalado Vocal Militar en los Tribunales Militares queda en difícil situación de igualdad con la de los Vocales Togados, por ejemplo a la hora de redactar un voto particular en caso de disidencia con la Sentencia dictada, resaltando así más si cabe la preeminencia de los jurídicos militares como Presidente ó Vocales Togados y por ende la tecnificación aludida.

No podemos aquí dejar de señalar la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, mediante la cual se determina la división territorial jurisdiccional militar de España y señala la sede de los Tribunales Militares Territoriales, pieza fundamental ésta que concreta las previsiones de la L.O.C.O.

No puedo dejar de mencionar aquí, la previsión de la L.O.C.O. en relación con los órganos judiciales militares que acompañarán a las Fuerzas Armadas españolas cuando éstas tengan que desplazarse fuera del suelo nacional español.

En este sentido no hay que olvidar que, en tiempo de paz o de guerra, la jurisdicción militar es competente para conocer los delitos y faltas que se señalen en los tratados o convenios internacionales en que España sea parte y en su defecto de todos los tipificados en la legislación española, siempre que éstos se cometan en los lugares que ocupen las Fuerzas Españolas desplazadas fuera del territorio nacional y el inculcado sea militar español, persona que siga a las referidas Fuerzas o prisionero de guerra.

Esta extraterritorialidad de la Ley Penal Militar, que tiene su previsión en el orden penal común en el artículo 23 de la L.O.P.J., tiene la particularidad respecto a la jurisdicción militar, de que, en aras a la necesidad del inmediato actuar judicial que establece los valores militares dañados por el delito, es también una extraterritorialidad de los propios órganos judiciales militares, ya que, cuando la misión a cumplir en el extranjero por los jueces militares españoles lo sea en tiempo de paz y se prevea duradera éstas serán acompañadas por los órganos judiciales militares que se estimen necesarios en atención al número de tropas desplazadas y a esa previsible duración.

Es decir, que los órganos judiciales militares españoles ejercen en este caso sus funciones respecto de dicha competencia, fuera del territorio nacional ubicándose ellos mismos en el lugar del extranjero en donde mejor puedan cumplir su misión acerca de las tropas españolas.

Esta situación peculiar que contempla la organización judicial castrense tiene especial actualidad en estos momentos, cuando se ha producido el desplazamiento fuera del territorio español de una flotilla de la Armada Española, como todos sabemos, a la zona del llamado conflicto del Golfo.

La resolución dada por los artículos 63 y 64 de la L.O.C.O., a estos casos, distingue entre el órgano encargado de la instrucción del procedimiento y el encargado del conocimiento o fallo del mismo. En el primer cometido citado, el de la instrucción, se asume por el Juez o los Jueces Togados Militares que se establezcan deben asistir a las Unidades desplazadas, y para ello el Ministro de Defensa interesa del Tribunal Militar Central y concretamente de su Sala de Gobierno, la propuesta del número de Jueces Togados y de los miembros del Cuerpo Jurídico de los Ejércitos que deban desempeñar el cargo de Juez Togado, la cual, una vez efectuada, será resuelta por el Ministro de Defensa, nombrando así a dichos Jueces Togados Militares, al igual que de la misma forma a los Secretarios Relatores. El segundo de los cometidos, el del fallo o conocimiento corresponde al Tribunal Militar Central o al Tribunal Militar Territorial con sede en Madrid, que es el que asume el número ordinal de primero (1º) según la citada Ley de Planta, y según sus respectivas atribuciones; Tribunales que incluso podrían asimismo celebrar el acto de la vista en el lugar de la instrucción si así conviene a las circunstancias del hecho o a la ejemplaridad.

Sin embargo esta solución dada por la Ley entiendo que no es la más idónea ya que podría chocar con el principio de predeterminación establecido en el ya señalado artículo 3º de la L.O.C.O., "todo órgano judicial militar... será Juez Ordinario predeterminado por la Ley", como lo demuestra el que es una solución no contemplada y que, por lo tanto, escapa de la Ley de Planta de la Jurisdicción Militar, pero además es que no es necesario acudir en estos casos a la creación de nuevos Juzgados Togados, de una extraña naturaleza provisional, temporal o excepcional con todas las connotaciones peligrosas que ello conlleva para la estabilidad y predeterminación aludida exigibles en una verdadera unidad jurisdiccional. Y no era necesario acudir a esta solución, porque, estando ya prevista y en funcionamiento los 28 Juzgados Togados Territoriales más los dos Juzgados Togados Centrales Militares con carácter permanente repartidos por el territorio nacional, bastaría con que por lista o turno, y por períodos preestablecidos, se fueran haciendo cargo de dicho cometido, hasta la finalización de esa misión extra-territorial, lo cual evitaría la creación de esos Juzgados Togados, que, carentes de la nota de permanencia nacen como ya he dicho innecesariamente viciados de una provisionalidad que en nada favorece ni a su verdadera predeterminación ni por ende a garantizar su independencia.

Pero es que, además, lo que resulta más curioso es que toda esta discutida solución dada para dotar de órganos judiciales militares a las fuerzas militares desplazadas fuera del territorio nacional en tiempos de paz se corrige en términos parecidos a los propuestos cuando el mismo Legislador regula la designación de los Juzgados Togados Militares que se trasladarán con las fuerzas desplazadas en caso de guerra, ya que aquí el Ministro de Defensa señala el número de Juzgados Togados Militares pero su nombramiento corresponde a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central quién acor-

dará las prórrogas de jurisdicción necesarias para asegurar en el suelo nacional pronta y eficaz actuación de la jurisdicción militar”, lo que parece indicar claramente que, en este caso, la previsión es la de trasladar a los Juzgados Togados Militares ya existentes y previstos en la correspondiente Ley de Planta, previsión que aún hecha para caso de guerra, nos parece mucho más ajustada a Derecho.

Por último quisiera hacer una referencia a la figura del Defensor en la Jurisdicción Militar.

En el antiguo Código de Justicia Militar de 1945, el Defensor podía ser o bien Oficial de los Ejércitos o bien Abogado en ejercicio, salvo que el inculcado fuese militar y se le imputara un delito militar, ya que entonces recaía necesariamente en un Oficial Militar. Si no se nombraba por el procesado, se le nombraba de oficio y éste siempre era Defensor Militar.

La reforma operada por la L.O. de 6-11-1980 de Reforma del Código de Justicia Militar otorgaba en todo caso, sin distinción alguna, la posibilidad a los detenidos o procesados el poder nombrar, sin perjuicio de su condición o del delito imputado (militar o común), para su Defensa a Abogado en ejercicio u Oficial Militar a los Ejércitos, dando la posibilidad incluso de ser asistido de ambas clases de defensa para el informe oral ante el Tribunal si alguno de los delitos imputados era de naturaleza militar con petición fiscal superior a los seis años de privación de libertad. Pudiendo en su caso solicitar Defensor de oficio Abogado Militar y, de no usar este derecho, se les nombraba siempre Defensor Abogado de oficio.

Como vemos el legislador fue desplazando el peso de la Defensa del militar al abogado, pues si antes de dicha reforma el abogado era la excepción, ahora era, con dicha reforma, la regla general, dando cabida preeminente al abogado de oficio anteriormente inexistente.

Pues bien, tal inclinación por la Defensa Letrada se consolidó con la L.O.C.O. ya que en su título V, dedicado a la Defensa, a la Acusación Particular y a la acción civil, se establece que la designación de defensor recaerá siempre en abogado en ejercicio, bien nombrado simplemente por el inculcado o en otro caso nombrándosele del correspondiente turno de oficio del Colegio de Abogados, es decir, ya no existe la Defensa efectuada por militar en ningún caso, siendo asumida en todo supuesto por abogado.

No obstante, habría que señalar que, dada la especial naturaleza de las funciones encomendadas a los Ejércitos, no hay que olvidar que los Ejércitos tienen su razón de ser en la existencia de casos de emergencia o conflicto en los que las instituciones ordinarias pueden no funcionar o no estar al alcance, la L.O.C.O., recoge unas situaciones en las que, como única excepción, se prevé la posibilidad del Defensor Militar y estas son: las de unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando por un lado y, por otro, en caso de tiempo de guerra. Sin embargo, tanto en un caso como en el otro la ley dice que el inculcado “puede” designar a un Oficial de la fuerza o buque, quedando entonces abierta la interrogante ¿qué ocurre cuando el inculcado

manifiesta su voluntad de que aun pudiendo no quiere y desea se le nombre un Abogado de Oficio? ¿Cabría el nombramiento de un Abogado de Oficio para asumir la Defensa de un inculcado perteneciente a fuerzas desplazadas?

No olvidemos que, estando viviendo ahora una situación de fuerzas desplazadas fuera del territorio nacional, se podría dar realmente esta situación. Además, refuerza ésta interpretación de que el nombramiento de Defensor Militar en estos casos es una posibilidad pero no una obligación, el hecho de que en el antiguo Código de Justicia Militar, para estos supuestos de fuerzas desplazadas, se decía "se designará por el procesado un Jefe u Oficial", empleando así el imperativo y no dejando, pues, lugar a dudas.

Habría que pensar en la creación de un turno de oficio especial o de emergencia para poder atender fuera del territorio nacional a la Defensa de los inculcados por delitos militares cometidos en los buques o lugares en donde se encuentren esas fuerzas militares españolas. La cuestión queda evidentemente abierta.

## CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDIA CIVIL (\*)

Manuel Antonio MARTÍN VICENTE  
*Teniente Auditor*

### ANTECEDENTES

Durante todo el siglo XIX la historia de nuestro país viene marcada por las guerras; primero la Guerra de la Independencia que dejó asolada a la nación, luego las guerras de carácter civil que impidieron la recuperación, y por último, los graves problemas en nuestras relaciones con América.

De todo ello resulta una situación de profundo deterioro de nuestra economía y de permanente lucha política, con un grave problema de inseguridad en todo el país, inseguridad que se ve agravada por el bandolerismo, que cuenta con una amplia repercusión en todo el territorio nacional.

No resulta extraño, por tanto, que al abrirse la legislatura de 1844, uno de los primeros problemas que se planteasen fuese la necesidad de una reforma policial. Esta reforma era solicitada incluso desde el Ejército, que, empeñado en la persecución de los bandoleros, no podía atender a las funciones que le son propias, y así, con fecha de 31 de diciembre de 1843, el Ministro de la Guerra le dirigía un escrito al de Gobernación, en el que le solicitaba la creación de una fuerza pública que, bajo la dependencia inmediata del Ministerio de la Gobernación, relevase a las tropas de aquel servicio.

Como consecuencia de esta evidente necesidad, por Decreto de 26 de enero de 1844 se reorganiza de un modo global la administración policial. En el preámbulo de dicho Decreto se reconoce, con una mentalidad sorprendentemente moderna, que la seguridad no es un servicio graciable que se presta al administrado, sino que constituye una obligación de los Gobiernos e incluso un derecho del ciudadano. El art. 10 del mismo estableció la inmediata creación de una fuerza especial destinada a proteger eficazmente a las personas y propiedades.

En cumplimiento de este artículo se publica un nuevo Decreto de 28 de

(\*) Este trabajo obtuvo la máxima calificación, entre los presentados por los Alféreces-Alumnos del Cuerpo Jurídico Militar, como tesis de fin de curso (1990) en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

marzo, en cuyo preámbulo se señala que “el Gobierno ha menester una fuerza siempre disponible para proteger a las personas y a las propiedades; y en España, donde la necesidad es mayor por efecto de sus guerras y disturbios civiles, no tiene la sociedad ni el Gobierno mas apoyo ni escudo que la Milicia o el Ejército, inadecuados para llenar este objeto cumplidamente o sin perjuicios”. Se reconoce asimismo el gran perjuicio que al Ejército se le ocasiona utilizándolo en misiones policiales, pues puede también ejercer una influencia perniciosa en el principio de la subordinación, que imposibilita o entorpece la instrucción del soldado, y que robusteciendo en exceso la importancia del brazo militar en el orden político, no favorece mucho el desarrollo completo del sistema constitucional”. Como consecuencia de todo lo señalado se crea “un cuerpo especial de fuerza armada de infantería y caballería, bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación de la Península y con la denominación de Guardias Civiles”. (art. 1).

El objeto de esta fuerza sería el “proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades”. (art. 2).

La organización del nuevo Cuerpo se le encomienda al Ministerio de la Guerra, cuyo titular designa para tal cometido al Duque de Ahumada. Al analizar el Decreto de 28 de marzo, encuentra graves defectos en el mismo, que son tenidos en cuenta por el Gobierno, por lo que se publica un nuevo y definitivo Decreto de 13 de marzo de 1844, que, en opinión de MORALES VILLANUEVA, podemos considerar como el creador del Cuerpo.

Si acudimos al Reglamento de Servicio, encontramos cuáles van a ser las misiones de la Guardia Civil:

- Conservación del orden público.
- La protección de las personas y las propiedades, fuera y dentro de las poblaciones.
- El auxilio que reclame la ejecución de las leyes.

Este Reglamento, junto al Reglamento Militar y la Cartilla de la Guardia Civil, constituyen la normativa jurídica y moral que va a determinar el desarrollo posterior del Cuerpo.

Respecto a su naturaleza, y de acuerdo con las normas de creación y disposiciones posteriores, la Guardia Civil constituía un cuerpo del Ejército que prestaba sus servicios a la Administración Civil; fue la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 la que incluyó entre los Cuerpos del Ejército al de la Guardia Civil, anteriormente considerada como Cuerpo Auxiliar del mismo, asignándole las misiones de “prestar auxilio a la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden, de las personas y de las propiedades” (art. 22).

## CONSIDERACIÓN DE LA GUARDIA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La cuestión a dilucidar es, si, tras la Constitución de 1978, no ya la Guardia Civil se integra en las FAS, sino si mantiene, o no, su carácter militar. Para ello expondremos las opiniones de los principales tratadistas que tras la Constitución se han ocupado del tema, con el fin de componer una visión global del mismo, y posteriormente pasaremos a analizar la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1989.

Empezaremos nuestro análisis de la mano de un autor como MANUEL BALLBE, que realiza una serie de consideraciones en el momento inicial de nuestro desarrollo constitucional que, más políticas que jurídicas, presentan, sin embargo, el atractivo de mostrar la postura de una parte de nuestros tratadistas del Derecho Público, en un tema como éste, que no ha tenido excesivos estudios desde un punto de vista exclusivamente jurídico, quizás por la propia dificultad de delimitar en este campo hasta donde llega el Derecho y donde empieza la política.

Y empieza el tratamiento de este tema con una cita de SALVADOR DE MADARIAGA evidentemente reveladora:

“La idea militar del orden tiende a ser mecánica. Cuando se puede colocar a los hombres en formaciones, de tres en tres o de cuatro, como peones de ajedrez, hay orden. Todos los políticos-militares españoles han padecido esta obsesión del orden externo, sin darse cuenta de que el caso mas flagrante de desorden que pueda darse en un país es el de poner un general a la cabeza de un poder civil. Y como su idea del orden es puramente material, materiales son los métodos que ponen en práctica para obtenerlo.

El más rápido y práctico cabe en cuatro palabras: “Palo y tente tieso”.

Desde este frontispicio pasa el autor a un examen del art. 8 de nuestro texto constitucional, que se reconoce como básico para la adecuación de nuestras instituciones policiales y gubernativas a los sistemas democráticos.

Señala este artículo que “Las FAS constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

Dado que las constituciones de los países occidentales no suelen contener declaraciones como las recogidas en este precepto, parece que el legislador constitucional, opina Ballbé, ha tenido como punto de referencia, no tanto el derecho comparado como el conocimiento de nuestra historia y el articulado de la L.O. del Estado de 1967. En efecto, el art. 8, en relación con el art. 104 del mismo texto constitucional, tiene una primera y clara intención; la de deslindar tajantemente las FAS de las FOP, ahora denominadas Cuerpos de Seguridad. La voluntad constitucional de desmilitarizar y desvincular al aparato policial de las FAS no puede, para Ballbé, ser más clara. Y ello supone la adaptación a un sistema constitucional donde las

FAS no cumplen funciones policiales salvo cuando esté declarado el estado de excepción.

El contenido del art. 8 fue ampliamente debatido: El Sr. Fraga, en la defensa de su voto particular, proponía la supresión de la enumeración de los componentes de las FAS, por entender que las técnicas de la organización podían cambiar (en este punto, es evidente que el tiempo ha venido a dar la razón al Sr. Fraga, con la creación de los Cuerpos Comunes, que no se incluyen en ninguno de los supuestos anteriores), y que no quedaba clara la situación de la Guardia Civil, que ha formado parte por tradición y por derecho de las FAS.

El senador Sr. Gamboa pretendió la inclusión dentro de las FAS de los Cuerpos e Instituciones Armadas sometidos a disciplina militar porque dichas fuerzas participan por su propia naturaleza de esta disciplina, que constituye una garantía de su imparcialidad política y evita la conversión de estas fuerzas en simples mercenarios políticos, y porque participan de las misiones de las FAS.

El art. 8, señala Ballbé, no establece únicamente la definición de lo que debe ser la orgánica militar en el nuevo Estado, sino que señala asimismo las funciones que se encomiendan a las FAS. Ello demuestra otra vez, en relación con el art. 104, la manifiesta intención de desvincular, no sólo orgánica sino también funcionalmente, dos distintas administraciones que delimitan dos diferentes profesiones –militar y policía–, plasmada en la asignación de distintos objetivos a estos dos aparatos. Las FAS, dice el art. 8, tienen como misión “Garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad y el ordenamiento constitucional”. En otras palabras, se desgaja de las FAS todo tipo de competencias de orden público interior en periodo de normalidad. Consecuentemente con ello, la Constitución dice en su art. 104 que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad “tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad del ciudadano”.

Garrido Falla señala que las razones esgrimidas para limitar la composición de las FAS a los ejércitos pueden resumirse así:

– La enumeración de los tres ejércitos debe mantenerse porque son tres los campos reales donde se desarrolla la guerra (aunque ciertamente esta afirmación se puede considerar prácticamente desfasada por los avances técnicos).

– Son sólo las FAS quienes integran al pueblo en la defensa y aquellas sólo se componen de los Ejércitos.

– La Guardia Civil ha de participar en la defensa, y, en tiempo de guerra se transformaría también, al lado de las restantes FAS, en Ejército de Tierra.

Se deduce, por tanto, que, conforme a la Constitución, entre los Ejércitos y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad existen diferencias de naturaleza y misiones, aunque también existan similitudes. La diferencia de naturaleza

se expresa en que mientras los Ejércitos están reconocidos en el art. 8, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se regulan en el art. 104, correspondiente a Gobierno y Administración.

Además, los Ejércitos y Fuerzas de Seguridad no tienen idénticas misiones. Claro está que, en circunstancias excepcionales, todos han de colaborar en la Defensa, pero la diferencia está en el grado con que se atribuyen las misiones a unos y a otros. La Constitución ha establecido una clara distribución de competencias.

Concluye este autor señalando que la diferencia de naturaleza y misiones habrá de reflejarse en el desarrollo legislativo que se haga de la Constitución.

Esta conclusión de Garrido Falla es similar a la de Ballbé, pero éste último va mas allá, puesto que estima que no es posible que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mantengan el mismo modelo estructural. El cambio en el modelo policial es un imperativo constitucional.

Centrándonos ya en el tema estricto de nuestro artículo, es decir, la posición de la Guardia Civil en el esquema constitucional, Ballbé se fija en la discusión del Proyecto de L.O. de la Defensa Nacional como un momento clave para determinar cuál sea esta posición. La Ley dedica dos artículos a la Guardia Civil, pero éstos tienen un contenido muy diverso al contenido en el proyecto. En efecto, en el texto de la ponencia se decía que la Guardia Civil "es un Cuerpo militar, que como tal forma parte del Ejército de Tierra". En el Pleno del Congreso de los Diputados se modifica, quedando el art. 38 de la Ley en los siguientes términos "En tiempo de paz, el Cuerpo de la Guardia Civil dependerá del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden, y del Ministerio del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden y a la seguridad pública, en los términos que establezca la L.O. prevista en el art. 104 de la Constitución".

Parece que, teniendo en cuenta el texto rechazado y el que lo sustituyó, se desprende lógicamente que, según esta importante ley, la Guardia Civil no es un Cuerpo militar y que no está "adscrito al Ejército de Tierra"; que depende del Ministerio de Defensa, pero no "en cuanto a su disciplina y servicios de carácter militar" sino sólo y únicamente "en el cumplimiento de misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden".

Es decir que, en cuanto a su disciplina y organización interna, ya no depende del Ministerio de Defensa, sino del de Interior; de ello se deduce, al rechazarse el artículo que lo instituía como un "Cuerpo Militar", que evidentemente ya no es tal, sino que deberá regularse con una disciplina y organización especiales y estrictas, como las que deben tener los Cuerpos civiles de policía, que son a la vez armados, pero que por éste hecho ni son militares ni militarizados, y sólo están sometidos a la disciplina militar en el supuesto de estado de excepción. Señala este autor que el hecho de que no se haya llevado a cabo esta conversión de la Guardia Civil viene dada fundamentalmente por presiones extraparlamentarias.

Lo cierto es que las conclusiones a las que llega este autor en base a la comparación entre el texto propuesto y el finalmente aceptado parecen exageradas, puesto que normalmente, en el juego político que conlleva la elaboración de estas leyes, a la redacción definitiva del articulado se llega mediante un consenso entre los grupos para lograr que la ley no cierre ninguna posibilidad futura de modificación *predeterminando de forma rígida* la materia objeto de su regulación, y parece por tanto que, más que desechar la configuración militar de la Guardia Civil, lo que se pretendió es dejar abierta la posibilidad de otras opciones futuras.

Para CASADO BURBANO, si bien tradicionalmente el Cuerpo de la Guardia Civil ha venido formando parte del Ejército de Tierra, como lo reconocía la Ley Constitutiva de 1878, su Adicional de 1889 y el Reglamento Militar del Cuerpo de 1942, presta *ordinaria y habitualmente servicio* en relación con las libertades y derechos, con el mantenimiento del orden público y con la seguridad ciudadana. La Constitución, como se desprende de su texto y del debate parlamentario que le precedió, no se ha pronunciado sobre el mismo, correspondiendo al legislador ordinario, en su caso, la decisión al respecto, sin que del art. 38 de la L.O.D.N. y O.M. de 1980 pueda deducirse mandato alguno que predetermine el carácter civil de este Cuerpo.

Otro autor que ha tratado el tema con cierta fortuna es MORALES VILLANUEVA, que sistematiza las discusiones del art. 8 de la Constitución señalando que, *con respecto a la Guardia Civil, se mantuvieron tres posturas:*

- La de Alianza Popular, que consideraba que la Guardia Civil debía ser incluida expresamente dentro de las FAS.

- La del Grupo Socialista, para el cual son las FAS quienes integran al pueblo en la defensa, y sólo ellas, por lo tanto, tienen que estar recogidas en la Constitución.

- La tesis del Gobierno que era dejar esta cuestión para la futura ley orgánica que desarrollase este artículo.

Para este autor, con la aprobación de este artículo quedaba claro que la Guardia Civil continuaba formando parte de las Fuerzas Armadas, a través del Ejército de Tierra y de acuerdo con las leyes constitutivas del mismo. Así, al discutirse la Ley de Policía y en contestación al diputado Busquets Bragulat, el Subsecretario de Interior (Sancho Rof) aclaró que "La Guardia Civil, que anteriormente tenía fuero militar, entra dentro de la Constitución en el Ejército de Tierra. La Guardia Civil es Ejército de Tierra dentro de sus Reglamentos, Ordenanzas y Estatutos. En este sentido, al hablar de Fuerzas Armadas, está incluida la Guardia Civil, que es tradicionalmente y desde su fundación, Ejército de Tierra".

A continuación pasa este autor a estudiar la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. El proyecto del Gobierno le dedicaba al Cuerpo el título VI. A través de las enmiendas presentadas por los diversos grupos parlamentarios, podemos constatar cuál es la postura de los diversos partidos políticos.

El Grupo Comunista presentó una enmienda de supresión de todo el título, puesto que "La Guardia Civil no forma parte de las FAS (...)

La Constitución deslinda claramente el encuadramiento y las funciones de las FAS y de los Cuerpos de Seguridad. Ello significa que ningún cuerpo de seguridad puede estar integrado en las FAS.

La Guardia Civil es un Cuerpo de Seguridad Pública y sus funciones deben estar determinadas en la Ley Orgánica sobre Seguridad ciudadana; debe estar concebida como un Instituto Armado de organización y estructura militar, no integrada en las FAS y, por tanto, dependiente del Ministerio del Interior. Las funciones relacionadas con la defensa nacional deberán ser determinadas conjuntamente con el Ministerio de Defensa, mediante ley".

El Grupo Socialista enmendaba el art. 35 sustituyéndolo por otro del siguiente tenor: "La Guardia Civil es un cuerpo de estructura y organización militar que depende del Ministerio de Defensa para su disciplina, armamento, y en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, y del Ministerio del Interior en todas sus restantes funciones, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica por la que se regulan las Bases de la Organización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

El Grupo de Alianza Popular mantuvo sus anteriores tesis de que "dentro del Ejército de Tierra está incluida la Guardia Civil".

Ante la imposibilidad de compatibilizar posturas tan dispares, el Gobierno (U.C.D.) optó por la solución de no regular esta materia, ya que, si "la Guardia Civil continúa siendo como lo era desde 1844 y lo sigue siendo al entrar en vigor la Constitución de 1978, un Cuerpo militar del Ejército de Tierra, es tema que podría no estar en esta ley, y a lo mejor no debería estarlo, el único problema sigue siendo el de la doble dependencia... El problema es de doble dependencia, y podría prescindirse de la calificación que en todo caso le viene de sus leyes propias".

A continuación pasa el autor a estudiar la L.O.F.C.S. de 13 de marzo de 1986 y en base a ella, concretamente al párrafo 1º del apartado III del Preámbulo de la ley que dice que "Con fundamentación directa en el art. 104 e indirecta en el art. 8, ambos de la Constitución, la ley declara, a todos los efectos, la naturaleza de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía (...) y al Cuerpo de la Guardia Civil", llega Morales Villanueva a la conclusión de que al remitirse el art. 8 de la Constitución, se viene a ratificar la inclusión del Cuerpo en las FAS.

Para apoyar esta idea, Villanueva añade un argumento evidentemente hábil, como es la posibilidad de prestación del servicio militar en la Guardia Civil, a través de la figura del Guardia Civil auxiliar. Dicho voluntariado especial está previsto en la Ley y Reglamento del Servicio Militar.

Lo cierto es que Morales Villanueva, alejándose de posturas intransigentes, reconoce que, pese a todo lo expuesto, el legislador ha sido extremadamente cauto, y aunque en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad hace referencia al art. 8 de la Constitución, no lo plasma en su articula-

do. Tampoco en el desarrollo de la misma se clarifica este extremo. Sin embargo, en todas las disposiciones se hace referencia a su naturaleza de cuerpo militar y a su conexión con el estatuto castrense.

Las opciones que pueden plantearse son:

- Cuerpo militar perteneciente a las FAS.
- Cuerpo militar.
- Cuerpo de seguridad.

El primer planteamiento se ajustaría a las misiones militares que se le encomiendan, a la prestación del servicio militar en el Cuerpo, a la sujeción a las Ordenanzas y al estatuto personal y disciplinario de las FAS.

La consideración de cuerpo militar no perteneciente a las FAS, abriría el paso a una legislación propia, entre la civil y la militar, de difícil equilibrio y nula eficacia, y además, señala el autor, dicha concepción no encontraría apoyo en la Constitución, que sólo distingue dos grandes áreas en la Administración: civil y militar.

La última opción -cuerpo de seguridad- le llevaría a un acercamiento, mejor dicho, identidad, con la policía y, por lo tanto, a regirse por el mismo estatuto personal y disciplinario, así como por los mismos derechos y obligaciones. No se puede mantener la denominación de cuerpo militar sólo y exclusivamente para una supresión o restricción de los derechos funcionariales.

Quizás, sin embargo, el autor que con más fortuna ha tratado el tema sea el catedrático de Derecho Administrativo FERNANDO LOPEZ RAMON en su obra "La caracterización jurídica de las FAS". Para LOPEZ RAMON, el art. 35 del proyecto de L.O.D.N., representaba un medio sumamente ingenioso de incluir la Guardia Civil en la FAS sin alterar formalmente los componentes enumerados en el art. 8.1 de la Constitución. La redacción final de este precepto es todavía más habilidosa, pues soslaya la ubicación expresa de la Guardia Civil en el Ejército de Tierra.

La cuestión consiste por tanto en determinar si es contrario a la regulación constitucional la existencia de un cuerpo armado al que se encomiendan simultáneamente "misiones de carácter militar" bajo la dependencia del Ministro de Defensa y "funciones relativas al orden y a la seguridad pública" bajo la dependencia del Ministro del Interior.

Un primer análisis de las previsiones constitucionales llevaría a considerar negativamente esa regulación sobre la Guardia Civil. Podría, en efecto, entenderse que la cuestión se encuentra muy ligada al análisis de las misiones que el art. 8.1 de la Constitución encomienda a las FAS, por contraposición a las funciones que corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad según el art. 104 del mismo texto. Deslinde funcional que debe tener su correspondencia orgánica, desde el momento en que el propio art. 8.1 de la Constitución se preocupa de establecer qué elementos integran las FAS. De ello se derivaría:

- a- Que sólo los tres ejércitos componen las FAS (lo cual nos plantea el

problema de dónde integrar los Cuerpos Comunes de las FAS a los que se refiere la L.R.R.P.M.P. 17/89 de 19 de junio).

b- Las FAS no pueden desempeñar, en situaciones de normalidad constitucional, las funciones que el art. 104.1 de la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A partir de ahí, señala este autor, no resulta difícil argumentar la inconstitucionalidad de un cuerpo armado que desempeña, simultáneamente, misiones militares y funciones de orden y seguridad pública. Sin embargo, se advierte que los datos constitucionales resultan algo más complejos, y desde luego examinando la elaboración del art. 35.1 del proyecto de L.O.D.N. no llega a la misma conclusión que Ballbé.

Como ya señalamos, en su primera redacción se incluía a la Guardia civil en el Ejército de Tierra. A este precepto se presentaron tres enmiendas que se resumen en las siguientes posturas:

a- Cuerpo de policía dependiente del Ministerio del Interior.

b- Cuerpo de policía organizado militarmente con dependencia de Interior.

c- Cuerpo de policía organizado militarmente con dependencia de los Ministerios de Defensa e Interior.

d- Una cuarta postura es la reflejada en el art. 35.1 del proyecto de L.O.D.N.; cuerpo del Ejército de Tierra dependiente de los Ministerios de Defensa e Interior.

Rechazadas las dos primeras posibilidades por la ponencia de la Comisión de defensa del Congreso, el debate queda reducido a las dos últimas posturas:

- La del grupo parlamentario socialista, partidaria de la doble dependencia de una Guardia Civil militarizada pero no integrada en las FAS.

- La del grupo parlamentario centrista, sostenedora de la doble dependencia de una Guardia Civil perteneciente al Ejército de Tierra.

En la Comisión las posturas se acercaron sensiblemente al abandonar el Grupo Centrista su postura de incluir expresamente a la Guardia Civil en las FAS. Finalmente se llegó a una enmienda transaccional que pasó a ser el art. 38 de la L.O.D.N.

En él parece dominar la tesis de la "Fuerza Intermedia" entre el Ejército y la policía que propugnaban los socialistas, aunque no parece que la U.C.D. llegara a abandonar la idea de que la Guardia Civil era parte del Ejército de Tierra. Esta tesis, razona el autor, partiría de identificar una escala en la gravedad de las alteraciones de la pacífica convivencia. Los atentados más graves que cuestionan la misma soberanía, para los Ejércitos, las alteraciones internas requeridas de "uso de material de guerra" para la Guardia Civil; el control de los disturbios para las fuerzas de policía.

En nuestra Constitución parece admisible esa escala funcional, con su traducción organizativa, en los términos de las distintas previsiones constitucionales. Así, junto a la distinción entre FAS y Fuerzas y Cuerpos de Segu-

ridad; nítidamente trazada por los art. 8 y 104 de la Constitución, otros preceptos del mismo texto se refieren a las "Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a la disciplina militar", para posibilitar la restricción a sus miembros de los derechos sindicales (art. 28.1) y de petición (art. 29.2). La mención de unos "Cuerpos sometidos a disciplina militar", junto a las FAS, parece ir referida a determinados elementos de los "Cuerpos de Seguridad" regulados en el art. 104 de la Constitución. De ahí podría deducirse una triple categoría: FAS, Cuerpos de Seguridad sometidos a disciplina militar y restantes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La única limitación derivada del art. 8.1 de la Constitución estriba en que los Cuerpos de Seguridad sometidos a disciplina militar no pueden pertenecer a las FAS. Esta limitación conlleva dos efectos; primero, el de apartar a estos Cuerpos de Seguridad de la escala ordinaria de mando militar, es decir, situarlos más directamente bajo la dependencia de las autoridades civiles; segundo, el efecto de impedir el ejercicio por esos Cuerpos de funciones correspondientes a las FAS.

En el primer sentido, nada hay que oponer al carácter militar de la Guardia Civil; así, el art. 9.6 de la L.O. 2/86 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la define como "instituto armado de naturaleza militar" (y más recientemente la ley Reguladora del Régimen del Personal Militar 17/89 se refiere a los miembros de la Guardia Civil como militares profesionales). Nada puede oponerse tampoco a que la Guardia Civil se someta a la L.O. 12/85 de 27 de noviembre, que establece el régimen disciplinario de las FAS.

El extremo que, sin embargo, suscita extrañeza es la posible encomienda a la Guardia Civil de "misiones de carácter militar" según prevé el art. 38.1 de la L.O.D.N., previsión confirmada por el art. 9.6 de la L.O. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuyo cumplimiento la Guardia Civil tiene la consideración de fuerza armada, a efectos de aplicación del CPM (art. 10 de la L.O. 13/85 de 9 del 12, que aprueba el CPM en relación con el art. 7.3 de la L.O. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

Ciertamente, la tesis del Profesor López Ramón nos parece más acertada que algunas de las anteriormente expuestas, pero no podemos dejar de puntualizar algunas de sus conclusiones:

- El art. 8.1 no realiza una enumeración constitutiva de un "*numerus clausus*" que impida modificar la constitución de las FAS, y ello tanto por los propios antecedentes examinados, como por la propia evolución de la legislación posterior; así, ya en el año 85 se crea por la Ley 9/85 de 10 de abril, el Cuerpo Militar de Intervención de la Defensa, que evidentemente no está integrado en ninguno de los tres Ejércitos, pero que claramente pertenece a las FAS, además, la L.R.R.P.M.P. 17/89 de 19 de julio se refiere a los Cuerpos Comunes de las FAS, donde incluye el Cuerpo Jurídico Militar, el Cuerpo Militar de Intervención, el Cuerpo Militar de Sanidad y el Cuerpo de Músicas Militares.

- Situar al Cuerpo bajo la más directa dependencia de la autoridad civil puede ser más conveniente desde el punto de vista de la eficacia, en cuanto se trata de llevar a cabo las misiones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad señalados en el art. 104, pero desde luego no viene dado por imperativo constitucional, sino por una posterior decisión del legislador. La Constitución de 1978 se limita a dejar abiertas ambas posibilidades.

- La imposibilidad de llevar a cabo funciones correspondientes a las FAS, tampoco se deduce de la Constitución y, de hecho, el art. 38.1 de la L.O.D.N. y el art. 9.6 de la L.O. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se refieren a las misiones militares de la Guardia Civil, en cuyo caso la competencia para su dirección corresponderá al Ministro de Defensa.

Cierto es que, si bien las funciones relativas al orden y la seguridad pública están enumeradas en los artículos 11 y 12 de la L.O.F. y C.S., las funciones militares no reciben una concreción similar, pero es evidente que tales funciones militares no pueden ser otras que las asignadas a los Ejércitos, en cuyo caso la Guardia Civil pasaría a desempeñar aquellas para las que su estructura resulte más adecuada, como sucede con los demás elementos de las FAS. El problema quizás resida en determinar esas misiones cuando no se produce esa integración en las FAS, es decir, cuando no nos encontramos en tiempo de guerra o estado de sitio; pues bien, en estos casos Morales Villanueva nos señala una serie de misiones que evidentemente tienen este carácter:

- 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.

- La conducción de presos por disposición o condena de Jueces y Tribunales militares.

- La protección de centros e instalaciones y dependencias de las FAS.

- Los servicios que la Guardia Civil preste en sus propios acuartelamientos.

#### POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El T.C. se ha pronunciado sobre el tema en sentencia de 16 de noviembre de 1989, en la cual se resuelven dos recursos de amparos acumulados contra resoluciones de la DIGEGUCI en expediente disciplinario y contra dos autos del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, que declaraban que no había lugar a tramitar la petición de "*Habeas Corpus*" por ser incompetente dicho juzgado, estimando que la competencia correspondía a la jurisdicción militar, una vez vista la condición de Guardia Civil del reclamante.

El T.C. en los fundamentos jurídicos de esta sentencia realiza las siguientes consideraciones, de evidente trascendencia para el tema que nos ocupa:

1. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio

para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. El legislador es libre, dentro de los límites que la propia Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias políticas. Se trata, según el propio tribunal, de determinar "si las leyes orgánicas antes citadas, en cuanto se refieren a la configuración de la Guardia Civil, están dentro de un ámbito de disponibilidad del legislador constitucionalmente permitido" (Fundamento jurídico nº 2).

2. La Constitución no define, ni tan siquiera menciona, a la Guardia Civil, y es claro que el silencio es siempre más permisivo que cualquier definición.(...) Por otra parte, no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables, los incluidos en los artículos 8 y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (artículos 28.1 y 29.2) la existencia de Institutos armados y de Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos a la Fuerzas Armadas, reconociendo así un "tertium genus" o una "figura intermedia" entre aquéllas y las Fuerzas de Seguridad no sometidas a disciplina militar (Fundamento jurídico nº 3).

3. El legislador ha elegido una vía distinta, consistente en incluir a la Guardia Civil entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero con un régimen peculiar derivado de su definición como "Instituto armado de naturaleza militar" (artículos 9.b, 13 y 15 de la L.O. 2/86 de 13 de Marzo) (...) Se trata de una opción, entre otras posibles, dejada por el constituyente a la libre disponibilidad del legislador postconstitucional. El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución, sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias de forma tal que no imponga restricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas" (...) Cuando el legislador configura a la Guardia Civil como "instituto armado de naturaleza militar" (art. 9.b L.O. 2/86) y cuando reiteradamente insiste en tal naturaleza, hay que entender que ésta constituye su rasgo característico y definitorio; y el "prius" lógico del que derivan no sólo sus posibles y circunstanciales misiones militares, sino principalmente los datos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico a saber: la estructura jerárquica (art. 13.1 L.O. 2/86), la organización y el régimen disciplinario (art. 15 de la misma ley) (Fundamento Jurídico nº 3).

4. La Constitución contempla como ajustado a la misma el que la ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no se puede afirmar que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contraria a la Constitución, aun cuando ello suponga excluirlos en este aspecto de la Administración Civil (...) Reiteramos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia Civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así "mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas, y añadimos que la previsión legislati-

va contenida en el art. 15.1 de la L.O. 2/86 y antes en el art. 38.3 de la L.O. 6/80, no puede quedar indefinidamente incumplida (...) 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 de remisión (Fundamento Jurídico 4º).

5. Las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia Civil por faltas tipificadas en la L.O. 12/85 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación, de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente pertenece al ámbito estrictamente castrense (Fundamento Jurídico nº 5).

#### VOTO PARTICULAR

Una vez realizado este análisis, pasamos a examinar el voto particular discrepante formulado por los Magistrados D. Carlos de la Vega Benayas y D. Eugenio Díaz Ejmil.

Para estos Magistrados el TC debió entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión planteada por el demandante.

Las sanciones administrativas de privación de libertad impuestas en aplicación de un reglamento de disciplina militar tienen abiertas tres vías de impugnación judicial, de distinta naturaleza y objeto e independientes entre sí:

- La dirigida a impugnar la legalidad de la sanción (recurso contencioso ordinario o disciplinario militar).
- La encaminada a obtener la protección de los derechos fundamentales (procedimiento especial de la Ley 62/78 de 26 de diciembre).
- La que tiene por objeto, específico y singular, recabar protección del derecho a la libertad personal (procedimiento del "habeas corpus" de la L.O. 6/84 de 24 de mayo).

Dado que el sujeto pretendía la obtención de la libertad personal frente a una situación de privación de la misma que consideraba ilegítima y en congruencia elige el procedimiento del "*habeas corpus*" y al no obtener una decisión favorable al cese de su situación, acude a la vía de amparo, quedando a juicio de estos Magistrados cumplido el requisito exigido por el art. 43.1 de la LOTC. La tesis acogida en la sentencia conduce a la conclusión, inaceptable para estos Magistrados, de que un ciudadano que se vea privado de su libertad a consecuencia de la aplicación de un reglamento de disciplina militar y que afirma carecer de la condición de militar, no puede hacer uso de la garantía del "*habeas corpus*", sino que después de agotar la vía administrativa, viene obligado a utilizar el recurso disciplinario militar o el contencioso ordinario o el especial de la ley 62/78, es decir, acudir a

cauces procesales inadecuados para hacer cesar de la manera inmediata que permite el "*habeas corpus*", privaciones de libertad que se estiman ilegítimas.

Sin entrar a discutir este razonamiento, que resulta más que dudoso, bajo mi punto de vista, al hilo de la cuestión debemos hacer una serie de consideraciones acerca de la competencia de la Jurisdicción Militar para entender de este tema:

El Director General de la Guardia Civil es autoridad con potestad disciplinaria y competencia para corregir disciplinariamente a los miembros de la Guardia Civil, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5, 19, 21 y 29 de la Ley 12/85. La revisión jurisdiccional de sus actos en materia disciplinaria corresponde al TMC, conforme a lo dispuesto en el art. 34.7 de la Ley 4/87 de competencia y organización de la jurisdicción militar.

La tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, que determina el art. 24 de la CE se garantiza en el orden disciplinario militar a través del recurso contencioso disciplinario militar correspondiente ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Sala de Justicia del Tribunal Militar Central y Tribunales Militares Territoriales. Ahora bien, regulada la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, no es menos cierto que aquella conserva su identidad, consagrada constitucionalmente, y que es, precisamente en el ámbito de lo disciplinario donde por razón de los graves perjuicios que para ese valor esencial de las FAS pudieran derivarse donde más importante resulta determinar cuál es la jurisdicción que ha de entender.

El art. 53 de la Constitución, en su punto 2º establece que todo ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaridad.

Se plantea el problema de determinar si este procedimiento y sumario y preferente puede sustanciarse ante los órganos de la Jurisdicción Militar. Desde la entrada en vigor de la Constitución, rige el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales (art. 117.5 C.E.) y como consecuencia de este principio, la jurisdicción Militar, conservando su identidad, se integra en el Poder Judicial, a cuyo fin el legislador, mediante sucesivas reformas, ha dotado a aquella de unos órganos y un funcionamiento propios, pero perfectamente incardinables dentro de aquél. A esta idea responde la creación de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, operada por la disposición adicional sexta de la L.O. 4/87 de 15 de julio.

Por otra parte, todo órgano judicial militar ha de considerarse como Juez o Tribunal ordinario predeterminado por la Ley, conforme al art. 3 de la L.O. 4/87 cuando actúa en el ámbito de su competencia, referida por el art. 17 de esta ley a "la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Discipli-

nario de las Fuerzas Armadas". El art. 4 de esta Ley señala que la competencia de la Jurisdicción militar "se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que en garantía de algún derecho y en el ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes..."

De todo ello parece deducirse la voluntad del legislador de someter al conocimiento de los órganos de la jurisdicción militar la tutela jurisdiccional en vía disciplinaria de los derechos y garantías fundamentales que en aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario pudieran ser lesionados o vulnerados.

Otra cuestión que se plantea deriva de la exigencia del texto constitucional de la necesidad de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

La L.O. 12/85 de RDFAS crea un recurso contencioso disciplinario militar que participa de la naturaleza del recurso contencioso administrativo pero que no se identifica con el mismo porque se trata de un recurso contra sanciones en materia disciplinaria impuestas a individuos sometidos a una relación de sujeción especial, que suponen, por lo general, a diferencia de los demás actos administrativos, una privación de libertad. El conocimiento de este recurso corresponde a los órganos de la jurisdicción militar, ello supone que se ha eliminado del ámbito contencioso administrativo toda la materia disciplinaria.

Si continuase atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la materia disciplinaria, aunque fuera desde la perspectiva de los derechos fundamentales, quedaría desvirtuada toda la estructura jurisdiccional y disciplinaria militar ya que, en definitiva, sería un órgano de lo contencioso quien conocería de una materia estrictamente castrense. Con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.P.M., la protección de los derechos fundamentales estaba encomendada a los órganos de la Jurisdicción Militar, si bien ante la ausencia de un procedimiento específico que reuniera las condiciones previstas en el art. 53.2 de la Constitución, la mencionada protección se dispensaba mediante el procedimiento establecido en la Ley 62/78, que era aplicable respetando las peculiaridades orgánicas propias de la Jurisdicción Militar, por los órganos judiciales militares porque esta ley no altera la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales sino que se limita a introducir un procedimiento especial. Tras la L.O.P.M. tendremos que acudir al art. 453.3 de la misma que nos remite al art. 518, donde se regula el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Suponen estos artículos el establecimiento, en materia de protección de derecho fundamentales que pudieran resultar afectados por aplicación de la Ley Disciplinaria, un procedimiento específico que suple la laguna existente al respecto y que obligaba a aplicar la Ley 62/78. El art. 53,2 de la C.E. exige un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Ambas circunstancias las reúne el nuevo procedimiento conforme al primer párrafo

del art. 518, reflejados en su tramitación urgente y en la reducción de los plazos. Además, recoge otros principios inspiradores de la Ley 62/78 como la intervención del Fiscal Jurídico Militar o la no necesidad de recurso en vía disciplinaria cuando se trata de sanción extraordinaria o por falta grave.

Con ello se establece un procedimiento específico, aplicable por los órganos de la Jurisdicción Militar, que respeta las peculiaridades de las FAS, recoge los principios exigidos constitucionalmente, así como los que inspiran la Ley 62/78.

Con respecto a la última de las garantías señaladas en el voto particular objeto de comentario, el procedimiento de "habeas corpus", solamente señalar que el art. 2º de la L.O. de 24 de mayo de 1984, regulador del mismo, establece que "en el ámbito de la 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". En este mismo sentido, el art. 61.3 de la L.O. 4/87 señala como función de los Juzgados Togados Militares Territoriales el conocimiento de la solicitud de "habeas corpus".

Hecha esta digresión de carácter procesal con la que únicamente se pretende completar el diseño del marco legal en que se mueve la Guardia Civil, a efectos de comprender la importancia de la determinación de su naturaleza, pues es evidente que la aplicación de todo el entramado procesal y sustantivo que supone el régimen disciplinario diseñado en la ley 12/85 depende en su aplicación al Cuerpo de esta determinación, continuamos con el análisis del voto particular, centrándonos ya en sus ASPECTOS MATERIALES.

Para los Magistrados que formulan el voto particular resulta incompatible con el ordenamiento jurídico la existencia de un cuerpo de naturaleza militar "encargado, en misión esencial de funciones de policía en el orden civil". Se alude por los autores del voto a la opinión del norteamericano JANOWITZ, que señala que "un supuesto básico de relaciones civiles y militares es que la supremacía civil depende de la separación organizativa entre las Fuerzas Armadas y las de Seguridad", añadiendo que "el Ejército está completamente separado de la Policía en los pocos países donde es un instrumento de soberanía bajo control político democrático y civil". Estas afirmaciones, sin embargo, significan, al menos en su sentido literal, desconocer la organización de las fuerzas de seguridad europeas; así, países en los que no se puede dudar de la existencia de tal supremacía del poder civil y de su carácter democrático mantienen cuerpos de seguridad, no sólo de carácter militar, sino incluso integrados en sus Fuerzas Armadas.

Así tenemos a Francia con su Gendarmería Nacional, que forma parte de las FAS. La Ley francesa número 72-662 de 13 de julio de 1972 que establece en un único texto normativo disposiciones anteriormente dispersas concernientes al "estado militar" se aplica de forma general, salvo algunas particularidades, a los tres Ejércitos y a la Gendarmería. El art. 2 de esta ley señala que "El presente estatuto se aplica:

1. A los militares de carrera.
2. A los militares en servicio contratados.
3. A los militares de reemplazo.

Art. 3 "La condición de militar se regula por los estatutos".

Como vemos, no se hace diferenciación alguna miembros de los ejércitos-miembros de la gendarmería, precisamente por la integración a la que antes nos referíamos.

*A Italia con el Cuerpo de Carabineros*, que como vamos a ver a continuación es inequívocamente militar.

Su dependencia es triple:

– Del Ministerio de la Defensa para el desarrollo de las funciones militares y para todo aquello relativo a Reglamentos, Reclutamiento, Organización, Disciplina, Administración, Armamento, Transmisiones y Automovilismo. En consecuencia todo lo relacionado con promociones, ascensos, sanciones etc. corresponde al Ministro de la Defensa.

– Del Ministerio del Interior para todo lo relacionado con las funciones de policía, así como lo que se refiere a infraestructura, acuartelamientos y material de los mismos. El Ministro del Interior, si estimara necesaria la imposición de una sanción deberá solicitar la imposición de la misma al Ministro de la Defensa.

– Existe además una dependencia funcional respecto de otros Ministerios, de unidades específicas, para el cumplimiento de funciones generales.

Su organización está constituida por:

- El Mando General de Carabineros.
- Una organización de enseñanza.
- Una organización territorial con tres divisiones, nueve brigadas, 24 legiones, 100 grupos, 499 compañías, y 4.619 Estaciones.
- Una organización de policía militar, para la ejecución de los servicios de policía en las FAS.
- Una organización móvil que, además de resolver funciones relacionadas con las operaciones militares y defensa del territorio, participa en el mantenimiento del orden público.

– *Portugal con la Guardia Fiscal* como cuerpo militar.

– *Bélgica*, al que no se le suele prestar atención al tratar del tema pero que a mi juicio puede resultar paradigmático.

La ley de 2 de diciembre de 1957 sobre la Gendarmería señala:

Art. 1.1. La Gendarmería es una fuerza pública instituida para asegurar el mantenimiento del orden y la ejecución de las leyes.

Art. 2. La Gendarmería constituye una de las Fuerzas Armadas. El Ministro de Defensa es el encargado de la organización y de la administración general de esta fuerza colocada bajo su autoridad, particularmente... para el mantenimiento del orden interno y de la disciplina.

2. La gendarmería depende para la ejecución de su misión:

- Del Ministro del Interior (...)

- Del Ministro de Justicia (...)
- Del Ministro de Defensa (...)

(Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, sin haberlo podido confirmar hasta la fecha, se me ha comunicado que Bélgica ha procedido a civilizar su Gendarmería, por razones que no tienen relación directa con el problema tratado).

Vemos por tanto de todo lo anteriormente expuesto, lo aventurado de la afirmación de JANOWITZ, pues no cabe duda acerca de la tradición democrática de estos países en los que la existencia de los cuerpos de seguridad de carácter militar en ningún caso alteran la supremacía del Poder Civil.

Continúa el voto señalando que la Constitución en los art. 8 y 104 establece una nítida separación entre Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad. Aún reconociendo que los art. 28 y 29 de la Constitución autorizan a someter a disciplina militar a la Guardia Civil, se entiende que este sometimiento no puede significar otra cosa que la intención de superar la prohibición del art. 25.3 de la Constitución, permitiendo, en aras de una más enérgica disciplina, la imposición de sanciones privativas de libertad, aunque ello no puede justificar su inclusión dentro del ámbito "estrictamente castrense", de tal manera que la jurisdicción ordinaria debe ser la que entienda de los "*habeas corpus*" solicitados por dichos miembros.

Resulta curioso que se justifique la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad a los miembros de la Guardia Civil en defensa de una mayor disciplina, y que sin embargo se rechace que de las mismas entienda la jurisdicción militar, que encuentra su justificación en los especiales valores del ámbito castrense entre los que se encuentra en un lugar destacado la disciplina; y desde luego la afirmación de un cuerpo civil que sin embargo se encuentre sometido a disciplina militar no resulta fácilmente defendible, puesto que este sometimiento significaría tan sólo el recorte de algunos de los derechos constitucionales a este cuerpo, sin que existiera ninguna otra distinción con respecto al Cuerpo Nacional de Policía, lo cual resulta difícilmente justificable, ya no sólo desde el punto de vista constitucional sino desde estrictos criterios de Justicia. Es evidente que el significado de someter a un cuerpo armado a disciplina militar únicamente adquiere sentido si este sometimiento se relaciona con la propia estructura y organización del Cuerpo.

## CONCLUSIONES

1. La Guardia Civil, desde la Ley Constitutiva del Ejército de Tierra de 1878, ha venido formando parte del Ejército de Tierra.
2. En nuestra Constitución existen dos preceptos esenciales para determinar cuál ha sido la intención del legislador, estos artículos son el 8.1 y el 104; a primera vista podría parecer que ambos artículos, uno en el título

preliminar y otro en el título IV "Del Gobierno y de la Administración", establecen una barrera infranqueable entre lo que son Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cada una con misiones específicas y separadas. Sin embargo, si nos fijamos en la discusión parlamentaria en torno al mismo, vemos tres posturas diferenciadas, mientras que por Alianza Popular se pide la inclusión expresa de la Guardia Civil en las FAS, por parte del Partido Socialista se parte de la postura contraria, mientras que para el Gobierno de la U.C.D. esta cuestión debía dejarse para el futuro desarrollo de este artículo, aun sin dudar del carácter estrictamente militar de la Guardia Civil tanto por su estructura, como por su organización y funcionamiento. Es evidente que, salvo la primera de las posturas señaladas, las otras dos tienen perfecta cabida en este artículo 8; es más, bajo mi punto de vista este artículo no realiza una enumeración cerrada y cabe incluso la posibilidad de que el legislador ordinario integre a la Guardia Civil como uno más de los componentes de las FAS (pues sólo así se explicaría la posterior creación de los Cuerpos Comunes de las FAS a los que ya nos hemos referido) y por supuesto, cabrá también su inclusión en el Ejército de Tierra, como se ha realizado tradicionalmente, aunque en estos dos últimos supuestos tendría vedadas las misiones asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

3. El art. 104 establece unas Fuerzas y Cuerpos de seguridad que forman parte de la Administración Civil y que tienen por objeto "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad del ciudadano". Sin embargo, tanto en el art. 28.1 como en el 29.2 se hace referencia a "las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar", figuras que suponen lo que el Tribunal Constitucional ha definido como un "*tertium genus*" o una "figura intermedia" entre las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de seguridad no sometidos a disciplina militar.

4. Hemos de concluir que la Constitución deja en este tema un campo bastante amplio de decisión al legislador que, como señala el Tribunal Constitucional "es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas". Las posibilidades del legislador son todas las mencionadas anteriormente, puesto que no se ha incluido expresamente a la Guardia Civil en ninguno de los supuestos regulados en los artículos que estamos tratando y "es claro que el silencio siempre es más permisivo que cualquiera definición. (...) La mención expresa de la Guardia Civil en el art. 8.1 hubiera significado una opción del constituyente restrictiva del margen de disposición del legislador postconstitucional, pero de la no mención no se sigue que el legislador tenga vedado por la Constitución atribuir "naturaleza militar" al citado instituto sino, por el contrario, el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de la Guardia Civil" (STC 15.06.81).

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la configuración con-

creta de la Guardia Civil es una decisión que dentro de los cauces señalados *corresponde en exclusiva al legislador ordinario y por ello hemos de entrar en el análisis de la legislación de desarrollo a fin de determinar cómo queda en la actualidad la Guardia Civil, cuál de todas las posibilidades ya estudiadas ha escogido el legislador.*

#### DESARROLLO CONSTITUCIONAL

– La L.O. 6/80 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar no se pronuncia con claridad sobre el tema, como consecuencia de la disparidad de posturas de los diversos grupos parlamentarios que lleva al Gobierno de la U.C.D., a abandonar su postura de incluir a la Guardia Civil dentro del Ejército de Tierra y a no pronunciarse sobre el tema, considerando que las propias normas de la Guardia Civil servirían para saltar el escollo sin necesidad de establecerlo expresamente en la ley. Lo cierto es que en el art. 38 de esta ley tan sólo se hace referencia a lo militar al señalar que “En tiempo de paz, el Cuerpo de la Guardia Civil dependerá del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden”. No queda, por tanto, resuelto en esta norma cuál sea la naturaleza del Cuerpo.

– La Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad en el apartado III de la Exposición de Motivos señala que “Con fundamentación directa en el art. 104 e indirecta en el art. 8, ambos de la Constitución, la ley declara, a todos los efectos, la naturaleza de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía y al Cuerpo de la Guardia Civil”. Esta afirmación no deja de producir perplejidad, ¿Qué se quiere decir con la referencia al art. 8? Para Morales Villanueva esta remisión al art. 8 viene a ratificar la inclusión del Cuerpo en las FAS; para López Ramón la única limitación derivada del art. 8.1 de la Constitución estribaba, como vimos, en que los Cuerpos de Seguridad sometidos a disciplina militar no pueden pertenecer a las FAS. La solución resulta, desde mi punto de vista, algo más compleja que las dos apuntadas. Si nos fijamos en el punto b) de este apartado III, se nos dice “De la necesidad de dar cumplimiento al art. 104.2 de la Constitución, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad”.

Ello significa que la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo.

En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil –por razones de fuero, disciplina, formación y mando–, debe considerarse normal su actuación en el manteni-

miento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil.

Se deducen dos claras consecuencias de conjugar ambos puntos:

- La Guardia Civil es un Cuerpo de seguridad que centra su actuación en funciones propiamente policiales. En su naturaleza de Cuerpo de seguridad la que justifica, por tanto, la referencia al art. 104.

- En determinadas circunstancias la Guardia Civil puede desarrollar misiones de carácter militar y las cuestiones de fuero, disciplina, formación y mando son estrictamente militar. Estas características serían las que justificarían la referencia del legislador al art. 8 de la Constitución, si bien, hemos de reconocer, la redacción que se realizó en este punto no resulta demasiado afortunada por la perplejidad que puede suscitar.

En concordancia con la interpretación que aquí se realiza en el artículo 9.b) se le define como un "Instituto Armado de naturaleza militar", en el art. 13.1 se dice que "El Cuerpo de la Guardia Civil se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza militar", y en el art. 15.1 se insiste en que "La Guardia Civil, por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica". A estos efectos, hay que recordar que, mientras no se establezca esa "normativa específica", la Guardia Civil se rige por la LRDFAS 12/85, cuya aplicación ha sido sancionada por el TC "mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas" (ATC 1265/88), si bien se añade que la "previsión legislativa contenida en el art. 15.1 de la LO 2/86 y antes en el art. 38.2 de la LO 6/80, no puede quedar indefinidamente incumplida (...) 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 de remisión" (STC 16 de noviembre de 1989). Hay que recordar también, a estos efectos, que, pese a que la ley de RDFAS reconoce competencia sancionadora al Director General de la Guardia Civil, la sanción de separación del servicio se reserva por el art. 15.1 de la L.O. 2/86 al Ministro de Defensa, previo informe del Ministro del Interior.

La Ley 17/89 de 19 de julio Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional viene a reforzar y a eliminar dudas en cuanto al carácter militar de la Guardia Civil, puesto que señala que "La condición militar la adquieren quienes con una relación de servicios profesionales se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil (...)" (art. 1.3) y que "Los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares así como a su normativa específica" (art. 4.3). Y tampoco cabe olvidar que la Ley y el Reglamento del Servicio Mili-

tar permiten que la prestación del servicio militar puede realizarse a través del voluntariado especial como Guardia Civil Auxiliar.

5. Como consecuencia de su doble caracterización como Cuerpo de Seguridad y como "Instituto Armado de naturaleza militar" se establece una doble dependencia:

- Depende del Ministerio del Interior en el desempeño de las misiones que le atribuye la L.O. 2/86.

- Depende del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden.

- En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministerio de Defensa.

¿Cómo se realiza el reparto de competencias entre ambos ministros?

Si nos fijamos en el art. 14 de la Ley 2/86 al Ministerio del Interior le corresponde la disposición de todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por esta Ley, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material.

Conjuntamente, los Ministros de Defensa y del Interior dispondrán todo lo referente a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial, y propondrán al Gobierno el nombramiento del titular de la Dirección General de la Guardia Civil, así la normativa reguladora del voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma.

El Ministro de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, así como a las misiones de carácter militar que se encomienden a la Guardia Civil, ejerciendo, respecto al voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma las competencias que normativamente le correspondan.

6. Para acabar el tema, vamos a realizar una referencia al llamado Derecho de Ginebra y la consideración que a estos efectos tiene la Guardia Civil. Durante la elaboración de los trabajos preparatorios del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, se suscitó la discusión sobre el alcance de la expresión "Fuerzas Armadas" empleada en el art. 43 del indicado Protocolo. Se trataba de precisar si las "fuerzas de policía" se integraban o no en las FAS y, por tanto, si tienen derecho a participar directamente en las hostilidades según el número 2 del art. 43 del Protocolo I de 1977. Pues bien el Coronel RODRIGUEZ-VILLASANTE señala que "es evidente que la Guardia Civil, en tiempo de guerra, forma parte de las Fuerzas Armadas españolas, según la definición del art. 43 del Protocolo I de 1977 y sus miembros tienen la condición de combatientes, pudiendo participar directamente en las hostilidades".

*Nota del A.:*

Por la L.O. 11/1991 de 17 de julio (B.O.E. n.º 145 de 18 de junio) se ha aprobado el nuevo Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, manteniéndose la competencia de la jurisdicción militar en cuanto al régimen de recursos.

## BIBLIOGRAFÍA

- MANUEL BALLBE: "Orden Público y Militarismo en la España Constitucional".
- PABLO CASADO BURBANO: "Iniciación al derecho constitucional militar".
- FERNANDO LOPEZ RAMON: "La caracterización jurídica de las FAS".
- GARRIDO FALLA Y OTROS: "Comentarios a la Constitución Española de 1978".
- ANTONIO MORALES VILLANUEVA: "La Guardia Civil en el artículo 8º de la Constitución".
- JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO: "Las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado en caso de conflicto armado internacional".
- ANTONIO MORALES VILLANUEVA. "Comentarios al Código Penal Militar".
- Dictámenes e informes de la Fiscalía Togada.

### **3. INFORMACION**

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

*Capitán Auditor*

*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. CONSULTAS DEL CONSEJO DE ESTADO. 1. Reglamentos y disposiciones administrativas de carácter general. 2. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. 3. Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. 4. Régimen especial establecido en el Convenio Hispano-Norteamericano. 5. Resarcimiento de daños irrogados a funcionarios militares, civiles al servicio de la Administración Militar y al personal laboral de la Administración Militar. 6. Recursos extraordinarios de revisión.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. El *Dictamen de 26 de julio de 1990*, recaído en el expediente número 54.143, aborda el tema de la responsabilidad del Estado-legislador. La consulta se emitió con ocasión de la reclamación formulada por un General Consejero Togado quien solicitó una indemnización de daños y perjuicios dimanantes de la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa consistente en "la diferencia que existe entre los haberes que le hubieran correspondido en la situación de actividad hasta los sesenta y ocho años de edad, más los que le corresponderían en la situación de Reserva Activa desde los sesenta y ocho años hasta los setenta años de edad y los que efectivamente perciba en la situación de Segunda Reserva, desde que pasó a la misma el día seis de agosto de 1988, hasta el momento que cumpla los setenta años de edad; teniendo en cuenta para la determinación de la primera cifra, no sólo los haberes que en general correspondan a quienes se encuentran en Actividad o Reserva Activa, incluídos los trienios que hubiera podido perfeccionar, sino también los que personalmente le hubieran correspondido, en atención a los destinos y gratificaciones correspondientes que por razón de su

empleo o puesto escalafonal le habría correspondido desempeñar, con todos los intereses legales desde la fecha en que le hubiera correspondido percibirlos y la corrección que corresponda por devaluación monetaria”.

La responsabilidad del Estado legislador ha sido objeto de estudio, alcanzándose la conclusión de que no hay inconveniente para admitir el derecho del afectado a una indemnización.

Los obstáculos que se opusieron a la llamada responsabilidad patrimonial del Estado-legislador han sido hoy desvirtuados. Frente a la idea de soberanía del Parlamento, se opone hoy el principio de igualdad ante las cargas públicas o la garantía constitucional del derecho de la propiedad.

La evolución de los ordenamientos europeos muestra el lento camino hacia la información de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos. De dicha evolución es una muestra clara el Derecho francés, a través de los “*arrêts*” de su Consejo de Estado, estudiado entre nosotros de modo particular por el Profesor SANTAMARIA PASTOR (“*La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*”, Revista de Administración Pública, num. 68, mayo-agosto 1972, pags. 57-136). Desde la proclamación de la irresponsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos con base en la inmunidad del poder legislativo (*Arrêt Duchaletier*, 11 de enero de 1838; *Arrêt Ferrier* de 6 de agosto de 1852; *Arrêt Moroge* de 5 de febrero de 1875; o *Arrêt Compagnie Algerienne* de 7 de diciembre de 1894), se pasa ya en el *Arrêt La Fleurette* de 14 de enero de 1938, a admitir la procedencia de indemnizar, ante el silencio de la Ley y en virtud de principios generales como es el de “hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente”; carga “que debe ser soportada por la colectividad”; de donde se sigue el derecho a ser indemnizado. La doctrina establecida en ese caso se consolida en el *Arrêt Bovero* de 23 de enero de 1963, en el que se expresa que la producción de un daño por acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el Legislador haya excluido expresamente ese derecho.

En Alemania, se exige una Ley previa, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la Ley de 26 de julio de 1981 (*Staaathafungsgesetz*) que por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1982 fué declarada inconstitucional por falta de competencia, el apartado primero de su artículo quinto remitía la responsabilidad directa del Legislativo a lo que dispusiese una Ley, si bien el segundo apartado establecía que no quedaba afectada por lo anterior la responsabilidad por las lesiones de un deber procedente del ejecutivo o del judicial que descansan exclusivamente en la conducta del legislador.

En Italia, la doctrina estima que la Ley que nada dice acerca de la indemnización es constitucionalmente legítima, pudiendo, no obstante, ser declarado el derecho a indemnización por los Tribunales si llegan a estimar que la propia Ley ha admitido tácitamente tal derecho.

En Estados Unidos la constitucionalidad de una Ley excluye que su aplicación genere derecho e indemnización. En Inglaterra, la *Crown Proceeding Act de 1947* no admite con carácter general la responsabilidad patrimonial del Poder Legislativo aunque para casos concretos la propia Ley que impone el sacrificio haya previsto pautas de resarcimiento.

La doctrina española ha puesto de relieve que la expropiación forzosa es una institución para la transferencia coactiva de inmuebles a la Administración y una garantía general y abstracta de los bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos frente a las actuaciones de los poderes públicos. Dicha garantía se extiende a los casos de leyes materialmente expropiatorias sin necesidad de acudir a la teoría de la responsabilidad civil. La Ley singular de expropiación podría eventualmente excluir la indemnización. Pero si tal exclusión no se produce, opera la garantía constitucional de la propiedad, dando lugar a la oportuna indemnización por los perjuicios derivados de la Ley.

La responsabilidad del Estado legislador no cuenta en nuestro derecho con un reconocimiento legislativo. Se invoca, es cierto, el principio de responsabilidad de los poderes públicos que, con otros, proclama el artículo 9.3 de la Constitución y a esta principal apelación ha acudido el Tribunal Supremo en las Sentencias invocadas por el reclamante.

El Tribunal Supremo en *Sentencia de 10 de junio de 1988*, dictada en un recurso contencioso-administrativo en reclamación de daños y perjuicios contra el Estado legislador, se planteaba un supuesto paralelo, esto es, se reclamaban los daños y perjuicios que la aplicación de una Ley, la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, pudiera haber ocasionado al recurrente, y desestima la pretensión indemnizatoria.

Señaló el Tribunal Supremo que "como secuela de lo expuesto y evidenciada la actuación de los órganos correspondientes dentro de la legalidad más estricta, con un proceder depurado y ratificado, en el doble aspecto formal y a su vez sustantivo, por el Tribunal Constitucional que estableció de manera inequívoca, con las consecuencias vinculantes que de sus resoluciones emana, la constitucionalidad de los artículos impugnados de la Ley de Amnistía que constituye el soporte legal del obrar de los Tribunales, con los efectos deducibles unido a lo expuesto, en orden al alcance puramente objetivo deducible de una interpretación progresista y extensiva que del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, se hace y viene haciendo por los órganos jurisdiccionales, tiene el mismo límite que el Tribunal Constitucional ha marcado y establecido, con la legalidad declarada de los preceptos que se estimaban como raíz del año, por lo que procede la desestimación de la demanda interpuesta". (Fundamento de Derecho 5º). Y así, en su fallo, el Tribunal Supremo declara "que desestimado el recurso contencioso-administrativo... contra las resoluciones dictadas por el Consejo de Ministros... que desestimaron la pretensión indemnizatoria que se dedujo, debiéndose declarar como decla-

ramos que dichos actos está ajustados a Derecho, y, en consecuencia, firmes y subsistentes...”

Con esta capital precisión y agregando que la cuestión no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, es de recordar lo que dicen las Sentencias de 15 de julio y de 25 de septiembre de 1987:

“no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad (dimanante de un acto legislativo) siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación deriva la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los principios generales del derecho a que hace referencia el artículo 1 del Código Civil, en su redacción de 31 de mayo de 1974 (...); si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las Leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para los ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados en la alegación precedente”.

“La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra patria, encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”.

El razonamiento anterior se reitera en Sentencias más recientes como la de 12 de febrero de 1988 en la que se indica:

“Como dice la Sentencia de este Pleno de 17 de noviembre de 1987 dictada en asunto igual al que aquí se enjuicia, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aún procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado”.

El Tribunal Constitucional en tres sentencias que son expresión del juicio

político de sus integrantes y versan sobre la anticipación de la edad de jubilación ha deferido al juicio del Legislador la conveniencia de arbitrar medidas compensatorias que reduzcan los efectos negativos que para los funcionarios supone la anticipación de la edad de jubilación establecida con anterioridad.

Así, en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986* al considerar, en el fundamento 22, el escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación para los Jueces, Magistrados y Fiscales (hoy transitoriamente modificado), de modo que la edad de sesenta y cinco años operará a partir de 1 de enero de 1995, según la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), dice:

“Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes, y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...”

La misma reflexión ha hecho el Tribunal Constitucional en la *Sentencia 99/1987*. Dice el Fundamento 6 al respecto:

“...No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. Esto no impide añadir —como se dijo en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986*, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de los Jueces y Magistrados— que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988* matiza más las posibles medidas compensatorias, orientándolas a un tratamiento (por medio de ley formal) en el régimen de clases pasivas. Así en su fundamento tercero dice:

“...Por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que las resueltas por el Tribunal Supremo y como la que ha de enjuiciar la Audiencia de Albacete tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de la ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación—años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el

legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables”.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la responsabilidad del Estado legislador no tiene en el ordenamiento español un reconocimiento legislativo, si bien debe tenerse presente el principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, principio que, en relación con otros valores constitucionales, como son el de justicia y el de igualdad, permite, al menos, no negar el principio de responsabilidad del Estado legislador que operaría como un límite al ejercicio de la potestad legislativa.

2. El *Dictamen de 26 de abril de 1990* establece que son indemnizables los daños sufridos en una finca como consecuencia del incendio producido durante unas maniobras. La consulta afirma que el plazo de reclamación comienza a partir del término de las actividades previas que se hayan seguido. Dado el tiempo transcurrido, el Consejo considera que procede la actualización de la indemnización, valorando los daños al momento de la declaración de responsabilidad.

3. El *Dictamen de 21 de marzo de 1990* establece que son indemnizables las lesiones corporales sufridas por un menor en el transcurso de una demostración sobre localización de minas fumíferas, realizada por una unidad militar, pese a la conducta del perjudicado. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado tiene su fundamento jurídico en la creación de una situación de riesgo objetivo.

4. En el *Dictamen de 19 de abril de 1990*, el Consejo de Estado, al emitir una consulta con ocasión de un recurso extraordinario de revisión, afirma que padecería sensiblemente el principio de seguridad jurídica si se permitiera revisar un acto administrativo al amparo de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, transcurridos más de 22 años desde su firmeza.

5. Y, por último, en el *Dictamen de 30 de mayo de 1990*, el Consejo de Estado que el error de hecho a que se refiere el artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha de referirse a circunstancias “fácticas” y ser “manifiesto”, esto es, evidente e indiscutible.

## II. CONSULTAS DEL CONSEJO DE ESTADO

### 1. *Reglamentos y Disposiciones Administrativas de carácter general*

1. “En relación con las denominaciones de los Mandos de las Regiones y Zonas Militares es de observar la siguiente trayectoria histórica:

a) Por lo que respecta al Ejército de Tierra, su Ley Constitutiva de 29 de noviembre de 1878 disponía en su artículo 9, que las “demarcaciones” que en dicha Ley se establecían “estarán mandadas por la autoridad superior

de un Capitán General o Teniente General con el título de Capitán General de distrito”.

La Ley posterior de 29 de junio de 1918 de Organización Básica asimismo establecía en la Base Segunda de su Anexo número 1 que cada una de las ocho Regiones militares de la Península, así como Baleares y Canarias, constituirán una Capitanía General, a cuyo frente y con la denominación de Capitán General de la Región habrá un Capitán o Teniente General.

Una Orden de 5 de abril de 1940 dispuso que las actuales Regiones Militares y las Comandancias Generales de Baleares y Canarias se denominarán Capitanías Generales (artículo 1º) y que los Generales Jefes de las Regiones y los Comandantes Generales de Baleares y Canarias tomarán el título de Capitanes Generales de las mismas.

Por su parte, las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra aprobadas por Real Decreto de 9 de noviembre de 1983, sin aludir a su denominación, establece en su artículo 23 que “Bajo la dependencia directa del Jefe del Estado Mayor del Ejército, el Capitán General de cada Región ejerce el mando operativo de las fuerzas que le están asignadas”.

b) Por lo que se refiere a la Armada, y a las Ordenanzas Generales de 1783, modificadas en 12 de agosto de 1802 establecieron la división en Departamentos Marítimos al frente de los cuales habrá un Capitán o Comandante General, puntualizándose que si era Teniente General “le estará aneja la denominación y dignidad de Capitán General de Departamento”.

El Decreto de 21 de septiembre de 1942 restableció en todo su vigor, en este punto, las Ordenanzas Generales de la Armada.

Y las Reales Ordenanzas de la Armada aprobadas por Real Decreto de 23 de mayo de 1984 establecen en su artículo 45 que el Almirante que ejerza el Mando de la Zona Marítima tendrá la denominación de Capitán General, puntualizándose que si el que lo ejerce es un Vicealmirante o Contralmirante se denominará Comandante General.

c) En cuanto al Ejército del Aire, constituidas las Regiones y Zonas Aéreas por el Decreto de 17 de octubre de 1940, se establecía en su artículo 4º que el Mando de las mismas lo ejercerá un General, sin hacer ulterior precisión sobre su denominación.

El Decreto de 1 de febrero de 1968, que reorganizó las Regiones y Zonas Aéreas, aludía en su artículo 8 a los “Generales Jefes de Región o Zona Aérea”, sin atribuirles la denominación de Capitán General.

En las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire aprobadas por Real Decreto de 22 de febrero de 1984 se establece, sin embargo, en su artículo 22, que los Generales Jefes de los Mandos Aéreos, cuando ejerzan la Jefatura de Región Aérea o Zona Aérea, tiene la denominación de Capitán General.

Pues bien, la Ley 17/1989, de 19 de julio sobre “Régimen del Personal Militar Profesional” establece en su disposición adicional cuarta que la denominación de Capitán General queda reservada exclusivamente al empleo

militar regulado en la presente Ley, añadiendo que reglamentariamente se determinarán las nuevas denominaciones de quienes ejerzan el mando de las regiones o zonas terrestres, marítimas y aéreas.

Así, pues, en la nueva ordenación legal de denominación de Capitán General va indisolublemente unida a la posesión del correspondiente "empleo militar" de Capitán General. Sólo quienes ostenten dicho empleo podrán utilizar tal denominación (artículos 2 y 10.3 de la Ley de 19 de julio de 1989). La función que se desarrolla —Jefatura de una región o zona militar— no constituye, pues, en la nueva regulación un título jurídico que legitime la utilización de la referida denominación.

En este marco jurídico y en virtud de la expresa habilitación reglamentaria que se contiene en la aludida disposición adicional cuarta, cabe encuadrar el proyecto de Real Decreto que se informa.

En dicho proyecto de disposición se ha optado —entre las varias fórmulas posibles—, por la denominación "General Jefe" o "Almirante Jefe" para designar a la máxima autoridad militar de una de dichas demarcaciones militares. La denominación, a juicio de este Consejo, no sólo es legítima, en cuanto que es manifestación de una potestad discrecional, que expresamente reconoce la Ley al Gobierno, sino que resulta acertada. No hay lugar a formular objeción alguna en cuanto al contenido y al rango del proyecto de disposición sometido a dictamen".

*(Dictamen recaído en el expediente 54.431)*

## *2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado*

1. "Por otro lado, resulta procedente remitir el expediente al Consejo de Estado, a la vista de la doctrina de este Supremo Órgano Consultivo, de acuerdo con la cual, Concierptos como el presente, tienen naturaleza administrativa, con los efectos que ello comporta, al plantearse problemas de interpretación del clausulado.

En cuanto al fondo del asunto, conviene en primer término recordar que, como consecuencia del proceso de urgencia vital que la enferma padecía, ésta fue ingresada en el Hospital Militar de Sevilla, procediéndose, después, a cubrir las formalidades necesarias para que su asistencia corriera a cargo de ASISA, en virtud del Concierto en vigor entre dicha Entidad particular y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas. De ello se desprende que la incorporación de la enferma a las prestaciones económicas de ASISA, tuvo lugar cuando la enferma se encontraba todavía en el Hospital Militar de Sevilla.

En este contexto hay que destacar que se ha comprobado en el expediente que, en ningún momento se comunicó a ASISA, ni se solicitó su autorización, para el traslado de la enferma al Hospital Nacional de Toledo, que no fue prescrito por un médico rehabilitador del cuadro de ASISA, incumpliendo así lo establecido en el Concierto, cuya cláusula 3.10.3 regula el tratamiento de rehabilitación y recuperación, diciendo:

“Sólo procederá cuando los enfermos no puedan ser atendidos en forma ambulatoria, determinando el ingreso el médico rehabilitador correspondiente del cuadro médico-sanatorial de la Entidad (ASISA). La permanencia en régimen de internamiento, dependerá exclusivamente del criterio del médico concertado que prescribió el ingreso, que elevará periódicamente a la Entidad (ASISA) el oportuno informe sobre la evolución del paciente y la necesidad de continuar el internamiento”.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el telegrama de ASISA de 2 de julio de 1985 (antecedente primero), que ha querido interpretarse por la Administración actuante como fundamento de las obligaciones económicas que las distintas resoluciones hacen recaer sobre la tan citada Entidad. Sin embargo dicho telegrama es notoriamente insuficiente para desplegar los efectos que se le atribuyen, ya que es anterior al traslado de la enferma al Centro de Toledo y, además, no puede reputarse como un compromiso indiscriminado, ya que fue dirigido al Hospital Militar de Sevilla, donde fue ingresada la enferma como consecuencia de un proceso de urgencia vital, por lo que ha de entenderse que los gastos a los que hace referencia son los que se causaron en dicho centro sanitario. Así resulta de lo establecido en la cláusula 3.7.4 del Concierto entre el ISFAS y ASISA, en la que se establece el régimen de asistencia por urgencia vital, señalando:

“Una vez comprobado el hecho y sus circunstancias, la Entidad (ASISA) comunicará por escrito al interesado si se hace cargo del pago de la asistencia al Centro”.

En resumen, y sin necesidad de entrar en las alegaciones de la Entidad recurrente sobre la nulidad del contrato de seguro, lo cierto es que debe prosperar el criterio favorable a la estimación del recurso, tanto por no haber autorizado ASISA el traslado de la enferma al Centro Hospitalario de Toledo, como porque los gastos cuyo pago aceptó esta compañía se limitan a los derivados del internamiento por urgencia vital en el Hospital Militar de Sevilla”.

*(Dictamen número 54660, de 14 de junio de 1990)*

2. A) Desde el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y, anteriormente, del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, la jurisprudencia y este mismo Consejo de Estado, han venido precisando los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, elaborando una común doctrina, que es aplicable, en su misma generalidad, a las Áreas de la Defensa. En este marco de la responsabilidad patrimonial, la Ley se refiere a la administración militar en cuanto es titular de servicios públicos ordenados a la Defensa, concepto que corresponde a los Aeródromos Militares, calificación adecuada al de “Tablada”, según resulta de la clasificación de Bases Aéreas y Aeródromos Militares que hace la Orden de 19 de octubre de 1967 (Boletín Oficial del Aire, n.º 21).

La titularidad, pues, del servicio militar en que se ha producido un daño,

es, en principio suficiente para la concurrencia del primero de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, cual es la imputación, por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Como resulta adecuado a la naturaleza pública, y al destino de los Aeródromos Militares, como organización cerrada y ordenada al objetivo de aquéllos, todo el Aeródromo, en el conjunto de sus instalaciones y servicios, quedan comprendidos en el ámbito de eventual responsabilidad patrimonial por daños con causa tanto en acción positiva (*culpa in committendo*) como por no mantener los elementos o instalaciones del Aeródromo en las condiciones adecuadas para funcionamiento y la evitación de riesgos. La responsabilidad, pues, no se anudaría así a una sola consideración de titularidad dominical, sino, más propiamente, a la titularidad del servicio público.

Justamente este es el sentido que se proyecta en la doctrina del Consejo de Estado y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, por la similitud del "*Factum*" que consideró esta sentencia con el objeto de la presente consulta. También la caída de un "árbol" sobre un vehículo, elemento aquel, en cuanto situado en el margen de una carretera, comprendido en el ámbito de conservación y de vigilancia que pesa sobre el servicio de carreteras.

B) Se ha sostenido por los órganos preinformantes, que, sin embargo, la responsabilidad patrimonial decaería en el caso consultado por la concurrencia de una causa extraña, de una fuerza mayor, que concretan en un fuerte viento, sin que se haya acreditado que el estado del árbol revelara un peligro (inminente, se dice en uno de esos preinformes) de caída. En este punto, dos consideraciones, una fáctica y otra jurídica, debe hacer el Consejo de Estado. La primera para destacar que del Informe del Instituto Nacional de Meteorología, se infiere que el día y la hora en que acaecieron los hechos que motivan esta consulta, las condiciones eran de un fuerte viento y bastante racheado, condiciones, sin embargo, que, se dice, "suelen ser frecuentes" en la época del año en que ocurrió el desprendimiento del árbol que cayó sobre el vehículo del reclamante. La otra consideración se refiere a la significación de la fuerza mayor en el proceso de causalidad del daño, y, en este punto, es de destacar las notas de imprevisibilidad en su producción como uno de los elementos definidores de aquélla, para que pueda liberar a la Administración de responsabilidad. Con el sólo dato del "fuerte viento" y la ausencia inequívoca de una situación tal del árbol que, conjugada con aquél, pudiera liberar de responsabilidad a la Administración, parece al Consejo de Estado que no puede compartirse la tesis de la "fuerza mayor".

II) A) Se ha informado por la Asesoría General de la Defensa "que podría entenderse que carece de legitimación para pedir por esta vía el interesado, toda vez que la relación de servicio que le une con la Administración del Estado rompe dicha legitimación al no tratarse de un particular". La Asesoría remite para resolver respecto de la indemnización pedida, al ámbito de los daños sufridos a causa de los servicios prestados, esto es, procede

añadir, al ámbito de la relación de la función que le une con el Estado, en razón, precisamente, de la profesión militar, desempeñada —como parece inferirse—, en el Aeródromo Militar.

Este Consejo de Estado ha sostenido en sus dictámenes (y una línea inequívoca coincidente de la jurisprudencia abona también igual criterio) que la expresión “particulares”, utilizada en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y que también es la que proclama la Constitución (artículo 106.2), no excluye que los funcionarios públicos puedan hallarse en la posición de sujeto lesionado. Esto es así, sin duda, cuando el *status* de funcionario, es ajeno o neutro a la concreta situación generadora de responsabilidad, pues lo determinante es su cualidad de particular. Pero también puede comprenderse en el ámbito de los mencionados preceptos —y no hay razones para excluirle— cuando la circunstancia de funcionario, aunque lateralmente incidente en el cuadro de la responsabilidad, no resulta cualitativamente determinante de un régimen específico o singular, orientado también a coberturas económicas. Podrá ser procedente reconducir tales supuestos al seno de la relación funcional cuando al prestar los servicios, sufre el funcionario lesión material o corporal (Memoria del Consejo de Estado, año 1986, páginas 122 y sucesivas).

Cuando como aquí ocurre la relación funcional tiene un carácter lateral, la exclusión del régimen general de la responsabilidad patrimonial no parece al Consejo de Estado justificada, por cuanto rigurosamente el daño no surge en el seno estricto de la relación funcional, sino con ocasión del acceso al recinto del Aeródromo, abierto a él, precisamente, por razón de su destino en el mismo. La cobertura del daño sufrido, por lo demás, no parece que pudiera tener legítima satisfacción, ante la falta de regulaciones precisas que pudieran determinar que el régimen general cediera ante regulaciones funcionariales especiales.

B) En cuanto a la cuantía a la que debe ascender la indemnización, no se ha puesto en cuestión la total de 249.095 pesetas que resulta de sumar las dos facturas aportadas. Sin embargo, y con ocasión de la vista y audiencia, el interesado ha solicitado que a esa cantidad se añadan los intereses de demora.

En este punto el Consejo de Estado reitera su criterio según el cual el abono de los intereses procede exclusivamente en el marco del artículo 45 de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988, por lo que al no darse las exigencias legalmente establecidas, no hay lugar al abono solicitado. Sin embargo, no hay obstáculo para acordar la actualización de la cantidad solicitada, para cuyo cálculo deberá tenerse en cuenta el Índice Precios al Consumo aprobado por la Dirección General del Instituto Nacional de Estadística”.

(Dictamen 53.803, de 28 de junio de 1990)

3. "Considera el Consejo de Estado que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Se han producido unos daños a Don... como consecuencia de la indebida prolongación del servicio militar que es imputable a la Administración. Se ha verificado una lesión efectiva, individualizada y valorada en 252.933 pesetas, habiéndose reclamado su indemnización en el plazo legalmente establecido. Siendo ajustada la valoración económica contenida en el informe de la Intervención General, no cabe, sin embargo, olvidar el tiempo transcurrido desde la causación del perjuicio, lo que ha de tenerse en cuenta a efectos de que la cantidad cuyo abono procede ha de ser debidamente actualizada en relación con el momento de resolución del expediente y hacer efectivo así el principio de integridad de la indemnización de los daños causados. Para ello es preciso tener en cuenta un módulo objetivo, como puede ser el que resulte de la aplicación del índice de precios al consumo aprobado por la Dirección General del Instituto Nacional de Estadística. A tales efectos las fechas a tomar en cuenta son la de la causación del daño y la del día en que se resuelve el expediente.

*(Dictamen de 12 de julio de 1990, expdte. número 54.831)*

4. "Conforme resulta de los antecedentes reseñados, el incendio que ocasionó la pérdida de elementos arbóreos y especies arbustivas tuvo lugar, en efecto, como consecuencia de dicha actuación militar, lo que determina por tanto la existencia de un nexo causal entre el resultado dañoso y el funcionamiento de la Administración del Estado. Hay lugar, pues, a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en cuanto a la producción de una lesión, efectiva, individualizada y evaluable económicamente en el patrimonio de la entidad reclamante.

Por lo que respecta a la extensión y cuantía de la indemnización, debe señalarse que, después de la práctica de una prueba a cargo de dos peritos Ingenieros Técnicos Forestales designados por una entidad pública —la Agencia del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid— ha quedado acreditado que la cantidad reclamada en 1977 por la sociedad interesada (1.500.000 pesetas) se ajusta a la realidad de los daños, debiendo entenderse que la cifra de 2.241.846 pesetas establecida como valor de las pérdidas en el referido informe pericial, no es sino la actualización de la cifra postulada hace más de doce años. Así se entiende por la Intervención General del Estado en el último de sus informes, y este criterio lo comparte el Consejo de Estado, por entender que la actualización a al que había lugar si se aceptase la indemnización reclamada en 1977 ya está implícitamente realizada en el nuevo informe pericial, cuya cantidad resultante es la que procede abonar sin más trámites".

*(Dictamen de 26 de abril de 1990)*

5. "Conforme se ha reseñado en la exposición de antecedentes, los hechos que dieron lugar al accidente en cuestión tienen su origen en una demostración sobre la localización de minas fumíferas realizada por una unidad militar, para la que fue invitada la población civil. Así, pues, con dicha actuación se creó una situación de riesgo objetivo, que, pese a las medidas de seguridad adoptadas, dió lugar a que se produjera la explosión de una de dichas minas, con las consecuencias lesivas que se han reseñado. Es cierto que la causa directa e inmediata de dicha lesión la constituye la inconsecuente conducta del menor perjudicado; pero, aun así, este Consejo estima, de acuerdo con los pareceres de la Intervención General y de la Asesoría Jurídica General, que no puede excluirse, en este caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, por la actuación o funcionamiento de unas unidades militares que en definitiva crearon la situación de riesgo".

*(Dictamen de 21 de marzo de 1990)*

### *3. Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*

1. "A) Partiendo, pues, de principios constitucionales, como el de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9.3. C.E.), en su inmediata relación con valores que proclama la Constitución, como son el de la justicia y el de la igualdad (artículo 1.1. C.E.), parece al Consejo de Estado que no podría negarse en términos absolutos el principio de responsabilidad del Estado legislador. Tal principio operaría, ante todo, como límite al ejercicio de la potestad legislativa, de modo que una Ley, atentatoria a esos principios y valores constitucionales, podría someterse al juicio de constitucionalidad. La vinculación que proclama el artículo 9.1. de la Constitución Española significaría para el Gobierno (sujeto a la Ley por exigencias del principio de legalidad) que sólo mediando Ley podría reconocer derecho o imponer obligaciones, en los términos definidos por aquélla. Y es que el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley de modo inmediato, o, al menos, de manera mediata a través de la necesaria habilitación. La posición del Juez tendría que conducirse en esa doble vinculación que proclama el aludido artículo 9.1, con posibilidad de utilizar la vía cuyo marco constitucional esté en el artículo 163.

B) Entiende el Consejo de Estado que, si el legislador se pronuncia por la exclusión de la responsabilidad, ni el Consejo de Ministros podrá admitir una responsabilidad, porque traspasaría, violándolos, los límites que le impone la Constitución (artículo 97), ni el Juez podría, en tanto la Ley mantuviera su vigencia, resolver, fuera del marco trazado por ella (artículo 163). Todo ello, en tanto dicha Ley no fuera declarada inconstitucional.

La necesidad de Ley que expresamente admita la responsabilidad, no debe, sin embargo, llevarse a extremos tan excluyentes, que antes el silencio

del legislador, no pueda el intérprete y aplicador de la ley llegar a un conclusión favorable, basado en un juicio razonable partiendo de la voluntad legislativa y de una interpretación de la norma en la forma más favorable para la efectividad de los principios constitucionales.

C) El sistema ha quedado diseñado por el legislador pues ha contemplado la incidencia que para el funcionario jubilado significa el adelanto de la extinción de la relación funcional, y aun el quebranto que puede suponer tal medida legislativa (Ley 50/1984, de 30 de diciembre, Disposición Transitoria Quinta; Ley 31/1988, de 28 de diciembre, Disposición Transitoria Sexta. Dos). La ley no ha guardado silencio sobre las consecuencias perjudiciales que a los funcionarios puede ocasionar la medida legislativa de jubilación. Se ha pronunciado en los términos que resultan de dichas disposiciones.

Si de esta vertiente capital de la sujeción de la Administración a la Ley resulta claro, a juicio del Consejo de Estado, que la reclamación no puede ser atendida, la solución se refuerza si se tiene en cuenta que estas reformas más o menos recientes que modifican la edad de jubilación de funcionarios públicos, rebajándola, han sido sometidas al juicio del Tribunal Constitucional, que ha concluido el correspondiente proceso constitucional con fallo que considera constitucional la indicada anticipación de la edad de jubilación. La doctrina, aunque referida a unos u otros textos legales, se ha mantenido en diversas sentencias, de modo que se cuenta hoy con un cuerpo de doctrina constitucional (Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio y 70/1988, de 19 de abril; y en relación con otra materia –la relativa a las incompatibilidades– se reitera la anterior doctrina en las Sentencias 178/1989, de 2 de noviembre y 41/1990, y 42/1990, ambas de 15 de marzo) a la que necesariamente están sujetos los poderes públicos. El juicio de constitucionalidad del indicado artículo 33 de la Ley para la Reforma de la Función Pública o del artículo 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o del Real Decreto-Ley 17/1982, equivalentes para distintos sectores de la función pública, significa, obviamente, que tanto desde la perspectiva de los preceptos constitucionales que disciplinan el modo de producción de las normas, como de los preceptos sustantivos –normas y principios– de la Constitución que garantizan los ámbitos y las condiciones definidores del contenido constitucionalmente posible de la ley, los mencionados artículos 33 y 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos en que han sido concebidos, no incurrir en inconstitucionalidad.

Para la indicada doctrina, el funcionario ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute de las situaciones administrativas legalmente establecidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, de modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública. La jubilación anticipada –dice la Sentencia 99/1987– responde a “una limitación, delimitación o regulación –general–

del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación anterior”.

(Dictamen 54.1543, de 26 de julio de 1990)

#### 4. Régimen especial establecido en el Convenio Hispano-Norteamericano

1. “En el actual estado de tramitación del expediente, este Consejo de Estado, no puede emitir dictamen de fondo, toda vez que, conforme al artículo 2.5 de su Ley Orgánica, tras éste no cabe remitir el asunto a informe de otro órgano, y, en el presente expediente, no ha informado el Comité Conjunto para Asuntos Político-Militares Administrativos. El artículo 9.2 del mencionado Anejo 2 establece que dicho Comité debe informar a las Autoridades Militares Españolas, con anterioridad al momento de adoptarse decisiones administrativas españolas, acerca de las reclamaciones pecuniaras que afecten al personal laboral local, procedentes de la utilización de sus servicios por las Fuerzas de los Estados Unidos de Norteamérica. En consecuencia, antes de la cuestión que plantea el expediente objeto de dictamen, es la de la procedencia de la reclamación de indemnización de daños, por los sufridos por un miembro del personal laboral local, de una Base de las Fuerzas Armadas Norteamericanas.

Los daños que sufra un integrante del personal laboral local como consecuencia del desarrollo de su prestación profesional, no se producen en el giro o tráfico administrativo, sino en el seno de una relación de naturaleza laboral y, por lo tanto, es en el ámbito de las relaciones de trabajo en el que deben resolverse las reclamaciones que se susciten, no siendo por tanto, obligatoria la consulta al Consejo de Estado en expedientes de esta índole.

El régimen jurídico del personal laboral local que presta sus servicios en las Bases de las Fuerzas Armadas Norteamericanas, está regulado en el Anejo 2, del Convenio Complementario 5, al Convenio de 2 de julio de 1982, de Amistad Defensa y Cooperación, entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica (B.O.E. de 20 de mayo de 1983).

A tenor de lo establecido en el artículo 7 del citado Anejo, corresponde a la Administración Militar Española resolver cualquier reclamación presentada por el personal laboral local, con arreglo al procedimiento previsto en la legislación española”.

(Dictamen 54.656, de 28 de junio de 1990)

2. “El régimen jurídico de las reclamaciones patrimoniales derivadas de las acciones u omisiones imputables a las Fuerzas de los Estados Unidos de América en España está establecido en el Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América de 1 de diciembre de 1988 (B.O.E. 6 de mayo de 1989).

El artículo 44 del referido Convenio dispone que dichas reclamaciones

serán presentadas a la Administración Militar Española y tramitadas según las normas contenidas en el artículo VIII del Convenio sobre el Estatuto de las Fuerzas de la OTAN.

El artículo VIII de este Convenio hecho en Londres en 19 de junio de 1951, dispone en su número 5, apartado a), que las reclamaciones por daños serán presentadas, tramitadas y resueltas de acuerdo con las leyes y disposiciones del Estado receptor; y el apartado e), i) del propio número 5 establece que los gastos para la satisfacción de reclamaciones serán abonadas en la proporción de un 25 por 100 a cargo del Estado receptor y un 75 por 100 a cargo del Estado de origen.

Así, pues, con respecto a los daños producidos por las Fuerzas de los Estados Unidos de Norteamérica en España, el importe de los gastos se distribuye en la forma expresada; un 25 por 100 a cargo del Estado español y 75 por 100 a cargo de los Estados Unidos”.

(Dictamen de 24 de mayo de 1990)

5. *Resarcimiento de daños irrogados a funcionarios militares, civiles al servicio de la Administración Militar y al personal laboral de la Administración Militar*

1. “II. El hoy Comandante de Artillería Don... fundamenta su petición en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con fecha 27 de mayo de 1985, y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Delimitada así la cuestión en el presente expediente a los conceptos que quedan fuera del fallo de la sentencia por no referirse al derecho del recurrente a ser reintegrado al destino que ocupaba al dictarse la orden impugnada, con las consecuencias inherentes a esta declaración, incluidas las de carácter económico referentes a los haberes dejados de percibir, sólo debe significarse ahora para su constancia que la vuelta al destino de procedencia ya se acordó a todos los afectos, por la Orden 362/1526/86 al anular la que dispuso el pase del interesado a la situación de disponible forzoso, *considerándole a todos los efectos, como destinado en los destinos de procedencia, siguiendo después las vicisitudes normales por su ascenso a Comandante.*

Por lo que respecta a los haberes dejados de percibir, constan en la liquidación efectuada para la ejecución de la sentencia sin que en este expediente haya constancia de si se ha hecho efectivo o no su importe. En todo caso, corresponde al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que dictó la sentencia resolver lo procedente en cuanto a la ejecución del fallo y a la Administración el cumplimiento de lo que resuelva dicho Tribunal (artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

III. Según expresa manifestación del interesado, su reclamación se formula “en consecuencia de la mencionada sentencia y teniendo en cuenta el

tiempo transcurrido y los cuantiosos daños y perjuicios producidos al interesado, como resultado de la aplicación de la orden anulada", y, como el proceso contencioso-administrativo versó sobre el cese del recurrente en el destino que desempeñaba y su pase a la situación de disponible forzoso, se llega a la conclusión de que el fallo pone fin a las cuestiones planteadas, sin que sea procedente por ello la aplicación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, aparte de que no lo sería por no ser "particular" el reclamante a los efectos de dicho precepto y sí funcionario público ligado a la Administración por esta relación.

IV. Solicita el peticionario que no se le vuelva a aplicar el artículo 55 del Reglamento de Provisión de Destinos, sobre cuyo extremo y con carácter general, el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 1987, al resolver el recurso interpuesto en interés de la Ley por el Abogado del Estado ha declarado que "por ser gravemente errónea y dañosa para la Administración y respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, fijamos como doctrina legal que la aplicación del último párrafo del artículo 55 del Reglamento de Provisión de Vacantes para determinado Personal Militar y Asimilado, aprobado por Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1976, no está vinculado a que los hechos que motivan las necesidades del servicio sean constitutivos de falta grave". A la vista de esta sentencia resulta clara la improcedencia de la petición para el futuro.

V. La indemnización por el tiempo de destino forzoso en plantilla eventual, calculado según el importe de las dietas, de acuerdo con la Intervención General, se estima que no es procedente dado que el interesado estaba destinado y no en comisión de servicio y la situación de destino excluye la indemnización sin que precepto alguno autorice, en este caso, su percibo.

VI. Por lo que respecta a la indemnización solicitada por los daños morales y profesionales, ni estos han sido probados ni existe base para su valoración y sí en cambio tienen su causa originaria en una conducta que en virtud de expediente, dieron lugar en un principio a una sanción por falta grave de disciplina y sustituida por una sanción por falta leve por incumplimiento de obligaciones reglamentarias. Hay, pues, una conducta sancionada que naturalmente produce como consecuencia su efecto en la moral de quien los sufre y que tiene su causa en una conducta incorrecta.

VII. Como fundamento general y final se reitera lo ya expuesto que el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración que define el artículo 106 de la Constitución y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, comprende las lesiones que sufran los particulares y los perjuicios morales, profesionales y patrimoniales aquí delegados, se refiere al ejercicio de la función militar y a la relación funcional y los daños que sufran los funcionarios como tales hay que referirlos a su estatuto profesional, pues aquéllos resultan extraños al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que a la ordenación de

esta función le corresponde la regulación de la relación estatutaria, laboral o profesional, del personal al servicio de aquélla, en tanto que el instituto indemnizatorio tiene por objeto la reparación de las consecuencias lesivas que generan la actividad pública para quien no tiene la obligación de soportarlas.

Y reiterándolo al principio expuesto en orden de que se trata en definitiva del cumplimiento de una sentencia firme, se llega a la conclusión de que procede la desestimación de la reclamación formulada”.

*(Dictamen 54.650, de 8 de junio de 1990)*

## 6. Recursos Extraordinarios de Revisión

1. “Desde esta perspectiva, no se da en el presente caso ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo; en particular, no concurre la circunstancia primera del citado precepto legal, pues exige la existencia de un “*manifiesto error de hecho*”, que, como tiene establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de éste Consejo, excluye todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas e interpretación de disposiciones legales. Además, el error de hecho debe ser manifiesto, es decir, evidente e indiscutible, pudiendo observarse –según estableció la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 1977– teniendo únicamente en cuenta los datos del propio expediente administrativo.

En el asunto sometido a consulta, la interesada atribuye a la Administración una inadecuada interpretación y aplicación de la legislación (error jurídico), lo que, como se dice, que fuera del ámbito limitado del recurso extraordinario de revisión y, en particular, de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que procede la desestimación del recurso”.

*(Dictamen de 8 de febrero de 1990)*

2. “I. El asunto sometido a dictamen se refiere al recurso extraordinario de revisión interpuesto por el ex guardia civil D.... contra la resolución del Director General de la Guardia Civil de fecha 21 de enero de 1985, dictada en el expediente gubernativo nº 6/81; T/1984, por la que se acordó la separación del servicio del recurrente al considerarlo incurso en el apartado segundo del artículo 1.011 del entonces vigente Código de Justicia Militar (“*observar mala conducta habitual e incorregible según informe de dos jefes de los que hubiere tenido*”).

El Sr.... califica su escrito como “*reclamación administrativa y subsidiariamente recurso de revisión en base a lo dispuesto en el artículo 79 y 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo respectivamente...*”. La Administración instructora, por su parte, ha calificado y tramitado el citado escrito como un recurso administrativo extraordinario de revisión, correctamente a juicio de este Consejo.

En efecto, el interesado conecta la que denomina "reclamación administrativa" al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el "recurso de revisión" al artículo 127 del mismo texto legal. La "reclamación administrativa" citada respondería a la detectada notificación defectuosa de la resolución impugnada, en la que se omitió la referencia a su firmeza o no en vía administrativa y a los recursos procedentes. Se observa a este respecto que el contenido íntegro de la citada resolución fue notificado al ahora recurrente, de tal forma que, transcurridos 6 meses desde que se produjo efectivamente dicha notificación (acaecida el día 8 de febrero de 1985), surtió plenos efectos, al operar la "subsanción automática" prevista para tales casos en el artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De ahí que carezca de virtualidad alguna ahora la denuncia sobre la notificación defectuosa de la resolución impugnada (si con ello se pretende su subsanción), al haberse producido, como se dice, tal subsanción transcurridos 6 meses desde la efectiva notificación. En definitiva, es correcta la calificación y tramitación dada al escrito del Sr. ... como recurso administrativo extraordinario de revisión (sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá).

Sin embargo, el interesado no cita en su escrito ninguno de los apartados concretos del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, si bien podría deducirse que pretende apoyar el recurso en la circunstancia primera del artículo 127 citado, es decir, que al dictar el acto administrativo se hubiera incurrido en un manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Afirma que en el expediente administrativo en su día incoado no quedaron suficientemente probados los hechos que se le imputaban.

II. Pues bien, en cuanto al plazo en la interposición del recurso, aspecto de examen necesariamente previo, estima este Consejo que, efectivamente, se presentó dentro de los 4 años siguientes "a la fecha de notificación de la resolución impugnada" (artículo 128.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), habida cuenta de que esta última se notificó de manera defectuosa y no surtió plenos efectos, como se dice, sino transcurridos 6 meses desde su notificación real (artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Tal conclusión se obtiene, no sólo por aplicación del principio pro actione, sino que deriva de una interpretación sistemática de los preceptos reguladores de la notificación de los actos administrativos. No sería congruente que el plazo para la interposición de los recursos administrativos ordinarios, en supuestos de notificaciones defectuosas (en las que se haya puesto de manifiesto al interesado el contenido íntegro del acto), comience a computarse a los 6 meses desde la notificación real (excepto si el interesado hubiera hecho protesta formal dentro de dicho plazo o hubiera interpuesto el recurso pertinente), y, en cambio, en el caso del recurso administrativo extraordinario de revisión se compute desde dicha notificación real, sin tomar

en consideración el carácter defectuoso de la notificación misma. En definitiva, se impone, a juicio de este Consejo, un tratamiento similar de ambos supuestos en lo que se refiere a la fijación del "*dies a quo*" para el cómputo del plazo para su interposición.

Tras las anteriores consideraciones, se observa que la resolución impugnada fue notificada al interesado el día 8 de febrero de 1985, si bien, como se dice, se omitió la referencia a si era o no firme en vía administrativa y a los recursos procedentes, por lo que no surtió plenos efectos hasta el día 8 de agosto siguiente (transcurridos 6 meses), momento a partir del cual debe computarse el plazo de 4 años previsto en el artículo 128.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y dado que el recurso extraordinario de revisión tuvo entrada en el Gobierno Civil de Granada el día 20 de julio de 1989, se llega a la conclusión de que fue presentado dentro de plazo.

III. Por lo que se refiere al fondo, en modo alguno se deduce "manifiesto error de hecho" en la resolución impugnada. La posición ahora del recurrente se dirige más bien a poner en duda la valoración efectuada entonces de las distintas actuaciones habidas en el expediente administrativo, lo que excede del alcance dado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de este Consejo a la expresión "manifiesto error de hecho".

Por otro lado, según se deduce del escrito del Sr...., éste pretende que se le aplique de manera retroactiva la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con su disposición transitoria segunda, petición que deberá sustanciarse a través del oportuno procedimiento, sin que, desde la perspectiva del recurso de revisión objeto del presente dictamen, proceda su examen, al constituir una cuestión eminentemente jurídica (que excede, por tanto, el alcance del apartado primero del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

*(Dictamen 54.658, de 19 de abril de 1990)*

3. "El asunto sometido a dictamen se refiere al recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Teniente Coronel de la Guardia Civil D.... contra la resolución del Capitán General de la Tercera Región Militar de 14 de febrero de 1966, por la que fue sancionado el recurrente con el correctivo de dos meses y un día de arresto militar como autor de una falta grave de quebrantamiento de arresto (artículo 437 del entonces vigente Código de Justicia Militar), con el efecto de pérdida del tiempo para el servicio y antigüedad durante su cumplimiento.

El Sr.... fundamenta su recurso en el apartado primero del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que al dictar el acto administrativo se hubiera incurrido en un manifiesto error de hecho que resulta de los propios documentos incorporados al expediente. Afirma que ha acaecido tal error al no haberse apreciado en la resolución impugnada el estado de necesidad que, a su juicio, justificó su salida del domicilio sin la previa autorización pertinente.

Pues bien, con independencia del alegado error de hecho, se impone previamente delimitar si el recurso se interpuso o no dentro de plazo.

En este sentido, el artículo 128.1 de la Ley Procedimental establece que el recurso de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa primera del artículo 127 (en la que fundamenta sus recursos el Sr.), dentro de los 4 años siguientes a la fecha de notificación de la resolución impugnada.

En el presente caso, el recurrente impugna la resolución del Capitán General de la Tercera Región Militar de fecha 14 de febrero de 1966 (notificada el mismo día), sin que conste que interpusiera recurso alguno contra la misma. El "*dies a quo*" para el cómputo del citado plazo de 4 años es, por tanto, el día 14 de febrero de 1966, siendo evidente por ello que el recurso de revisión objeto del presente expediente se ha interpuesto notoriamente fuera de plazo (tiene fecha del día 31 de enero de 1989).

Por otro lado, en modo alguno puede servir para enervar tal conclusión la aducida aplicación de la Constitución de 1978 a supuestos de indefensión anteriores a su entrada en vigor, máxime casi 11 años después de dicha entrada en vigor, pues, con independencia de otros aspectos jurídicos relacionados con esta cuestión, padecería sensiblemente el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, si se permitiera revisar un acto administrativo al amparo de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo transcurridos más de 22 años desde que adquirió firmeza.

En definitiva, el recurso extraordinario de revisión fue interpuesto extemporáneamente, por lo que procede su inadmisión. Dada tal conclusión, es innecesario entrar a examinar los argumentos de fondo alegados por el Sr... en apoyo de su recurso, con independencia de que de su planteamiento no deduce este Consejo error de hecho alguno a los efectos del artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

*(Dictamen número 54.640, de 19 de abril de 1990)*

4. "Fundamenta el interesado su recurso en el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin hacer mención explícita a circunstancia alguna de las previstas en el citado precepto legal. No obstante, del contenido de su recurso se desprende que el interesado pretende apoyarse en la circunstancia primera del artículo 127, al entender que se ha producido un error en los hechos que sirvieron de base a la denegación de la solicitud en su día formulada.

La mencionada circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige que, al dictar el acto administrativo, se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

Pues bien, coincide este Consejo con el parecer de los órganos preinformantes, en el sentido de que procede desestimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto. En efecto, en el presente caso no concurre el "mani-

fiesto error de hecho” que pretende imputar el interesado a las resoluciones administrativas impugnadas, consistente en no haber apreciado adecuadamente que la lamentable enfermedad que padece el Sr.... se produjo efectivamente como consecuencia de la prestación del servicio militar.

Como tiene establecido el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 5 de julio de 1978, el manifiesto error de hecho que haya de desprenderse de los documentos incorporados al expediente no se puede equiparar a la mayor o menor consistencia, a los efectos de valoración de prueba, de los datos fácticos puestos de manifiesto en el expediente y en que se apoyó la resolución impugnada, con independencia de que, además, el error de hecho ha de ser “manifiesto”, es decir, evidente e indiscutible.

En el asunto que se dictamina el interesado pretende apoyarse en una distinta apreciación de las pruebas, manteniendo una posición contraria al contenido de los informes emitidos por el Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas, que sostiene indubitadamente, desde una perspectiva médica, que la enfermedad que padece el interesado no tiene relación alguna con el servicio que prestaba, razón por la que mantienen su parecer contrario al ingreso del Sr.... en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra.

En definitiva, procede desestimar el recurso extraordinario de revisión, por no concurrir los requisitos exigidos en la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo”.

*(Dictamen de 30 de mayo de 1990)*

5. “En este sentido, la cuestión relativa a la posible derogación o no por parte de esta última norma legal de la anterior del año 1940, constituye una cuestión eminentemente jurídica y, como tiene establecido reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo y ha sostenido en numerosos dictámenes este Consejo de Estado, excede el ámbito de los errores de hecho (por contraposición a los errores de derecho) todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse (entre otros muchos, dictamen del Consejo de Estado 54.465, de 1 de marzo de 1990)”.

*(Dictamen de 19 de julio de 1990)*

6. “El asunto sometido a dictamen se refiere a un recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa D.... contra tres Reales Decretos por los que fueron promovidos al empleo de General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa tres Coroneles Auditores, que, según el recurrente, eran de menor antigüedad en la fecha de ingreso en los Cuerpos Jurídicos de origen y en el empleo mismo de Coronel Auditor, lo que, a su juicio, ha comportado una postergación del mismo.

En este sentido, sostiene el Sr.... que se ha producido un evidente error al valorar el Consejo de Ministros su *curriculum* jurídico militar, concurriendo, a su juicio, la circunstancia primera del artículo 127 de Decreto 1408/1966, de 2 de junio, sobre procedimiento administrativo militar (artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Coincide, sin embargo, este Consejo con la propuesta de resolución desestimatoria del recurso, toda vez que la argumentación que le sirve de apoyo no justifica la existencia de un manifiesto error de hecho a los efectos previstos en el citado artículo 127.1 de la Ley Procedimental.

En efecto, el Sr.... no imputa en realidad la comisión de un "manifiesto error de hecho", sino que discute si la valoración efectuada por el Consejo de Ministros de su *curriculum* fue o no acertada, pues, según sostiene, sus méritos son superiores a los Coroneles Auditores promovidos al empleo de General Auditor mediante los Reales Decretos impugnados.

Lógicamente, tal cuestión es ajena al objeto propio del recurso extraordinario de revisión (concretamente a la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley Procedimental), pues la fijación de unas causas tasadas para la estimación de los recursos de revisión (y su interpretación estricta) responde a la necesidad de evitar la desnaturalización de este recurso, convirtiéndolo en una forma de reabrir extemporáneamente, a través de los plazos previstos en el artículo 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las vías ya caducadas, para discutir —como se pretende en este caso— aspectos propios, en su caso, de los recursos ordinarios mismos.

Sin entrar a valorar el extenso *curriculum* del recurrente, lo cierto es que la promoción al empleo de General Auditor dependía enteramente del Consejo de Ministros, para lo que, dadas determinadas circunstancias, gozaba de discrecionalidad (artículo 8 de la Ley 6/1988, de 5 de abril de creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa). El Consejo de Ministros hizo uso precisamente de dicha potestad discrecional, sin que en esta sede y en los términos planteados sea admisible jurídicamente imputar a dicho órgano un manifiesto error de hecho como consecuencia de la valoración que hizo de los méritos personales de cada uno de los aspirantes al decidir sobre la promoción a General Auditor.

En definitiva, examinado el asunto desde la perspectiva del recurso extraordinario de revisión, procede desestimar al no concurrir la alegada circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(Dictamen de 12 de julio de 1990)

## BIBLIOGRAFÍA SOBRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR Y PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

Antonio MILLÁN GARRIDO  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz*

### I. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia al servicio militar constituye un fenómeno sustancialmente complejo, que en nuestro país ha adquirido destacada trascendencia social y jurídica en el último decenio, debido a circunstancias y factores de índole bien diversos.

Ante todo, cabe resaltar la "accidentada" conformación normativa del derecho constitucional de objeción de conciencia al servicio militar. Dos leyes polémicas, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, las cuestiones de constitucionalidad promovidas por la Audiencia Nacional, el mismo pronunciamiento (no unánime) del Tribunal Constitucional y un dispar y tardío desarrollo reglamentario marcan un proceso aún no culminado. Porque, como se sabe, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de enero de 1990, declaró, por omisión del preceptivo trámite de audiencia a los interesados, la nulidad del Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia, si bien, por Auto de 11 de abril, se acordase suspender la ejecución del fallo cuando ya la Administración había procedido a publicar, con algunos retoques, el texto y, como proyecto, someterlo al obligado trámite de audiencia (Resolución de 28 de marzo de 1990, *BOE* núm. 78).

Pero, junto a este insatisfactorio discurrir normativo, que, ciertamente, ha posibilitado una situación de provisionalidad e inseguridad jurídica prolongada, a la vez que impedido, al menos hasta 1989, la efectiva aplicación integral del sistema legalmente establecido, debe destacarse la especial problemática que, como manifestación social, plantea en España la objeción de conciencia al servicio militar.

En efecto, entre nosotros el problema viene dado, más que por el número de objetores, que, pese al sensible incremento experimentado durante el año en curso, se mantiene dentro de los límites constatados en nuestro en-

torno sociocultural, por su radicalización, en cuanto aparece generalizado el rechazo tanto al servicio militar como a cualquier prestación social sustitutoria. Es ésta la actitud, no sólo de los Testigos de Jehová, sino de los más representativos grupos de objetores españoles que no plantean ya, como exigencia, el ámbito de reconocimiento de la objeción de conciencia, sino la abolición del servicio militar obligatorio. Así, entre otros, el Movimiento de Objetores de Conciencia, que, en su Segundo Congreso (1986), casi por unanimidad, optó por autodefinirse como un movimiento contrario a todo tipo de servicio civil. El MOC, en una postura radical ratificada en sucesivos Congresos, no desea una "buena ley", con una prestación social benigna, sino únicamente la abolición del servicio militar. Naturalmente, con tal planteamiento, conducente a la insumisión, lo que se reclama no hace ya referencia al tema que nos ocupa, porque la objeción de conciencia al servicio militar presupone, por definición, la existencia de un servicio militar obligatorio.

Distinto es, desde luego, el caso de los Testigos de Jehová. En los últimos años se han realizado por el Ministerio de Justicia diversas gestiones que han fracasado ante el inflexible planteamiento dogmático de esta secta cristiana y las escasas vías que, para una solución práctica del problema, ofrece el Ordenamiento español.

La posibilidad de eximir a los Testigos de todo servicio, militar y civil, parece descartada, por cuanto tal posibilidad supondría una discriminación de trato respecto a los obligados al servicio militar o, en su caso, a la prestación social sustitutoria, contraria al principio constitucional de igualdad. Tampoco cabe la exención de los Testigos de Jehová, como ministros de culto, por equiparación a los ministros católicos, por cuanto, tras los Acuerdos con la Santa Sede en 1979, los clérigos y religiosos están sujetos, aun con un régimen excepcional y privilegiado, a las disposiciones generales reguladoras del servicio militar. Por ello, los Testigos de Jehová, con su rechazo a cualquier tipo de servicio, incurrirán en el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria y habrán de soportar, como mínimo, la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión.

Todo ello ha generado una justificada preocupación por el tema que, entre otras manifestaciones, se ha traducido en numerosos trabajos, de muy diverso alcance, constitutivos de una bibliografía de obligada consulta para cualquier interesado en el tema.

Consciente de su utilidad, cuando hace casi un año concluí un estudio sobre la materia (*La objeción de conciencia*, Tecnos, Madrid, 1990), decidí incorporarle, como anexo, un índice bibliográfico, limitado a la literatura jurídica castellana, pero que pretendía ser exhaustivo en cuanto a los trabajos postconstitucionales.

Ahora, con motivo de la invitación recibida para participar en las Jornadas sobre "Aspectos jurídicos de la objeción de conciencia", organizadas por la Asociación de Jueces y Magistrados "Francisco de Vitoria" (Valencia, 24, 25 y 26 de octubre de 1990), me pareció oportuno aportar a las mismas

una nueva relación bibliográfica, basada en los mismos criterios apuntados, pero reelaborada y actualizada hasta la fecha de referencia. Esta bibliografía es la que se recoge a continuación.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- AJANGIZ, R. "Insumisión", *El País* (17 de febrero de 1989).
- ALARCÓN LÓPEZ, J.C., "La libertad ideológica y la objeción de conciencia", *Tapia*, núm. 1/1989, p. 32.
- ALONSO-VEGA ÁLVAREZ, J.M. "La objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia fiscal", *Revista General del Derecho*, núm. 543 (1989), pp. 7855-7878.
- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., "La importancia de la motivación en la objeción de conciencia al servicio militar", en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1986, pp. 569-578.
- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., "La objeción de conciencia al servicio militar especial referencia al Derecho español", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3 (1985), pp. 11-47. Un resumen de este trabajo se encuentra publicado, bajo el mismo título, en *La Ley*, 1985-1 pp. 1104-1119.
- BASTERRA MONSERRAT, D., "El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia sobrevenida", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, núm. 4 (1988), pp. 487-499.
- CAMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.
- CAMARA VILLAR, G., "La objeción de conciencia en España como derecho fundamental y el principio de igualdad", *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2 (1989), pp. 261-293.
- CANO MATA, A., "Comentarios a la Sentencia núm. 160/1987, de 27 de octubre", en *Sentencias del Tribunal Constitucional, sistematizadas y comentadas*, t. VII-2º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 89-130.
- CANO MATA, A., "El derecho a la objeción de conciencia y su regulación en el Derecho español vigente", *Revista de Administración Pública*, núm. 103 (1985), pp. 7-51.
- CAPELLA, J.-R., "La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional", *El País* (30 de noviembre de 1987).
- CATTELAÍN, J.P., *La objeción de conciencia*, trad. de D. de Bas, Oikos-tau, Barcelona 1973.
- CIAURRIZ, M.J., "La objeción de conciencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, núm. 3 (1987), pp. 269-284.
- CRUAÑAS, J. / RECALDE, J., "Objeción de conciencia: dos sentencias retrógradas", *El País* (22 de diciembre de 1987).
- DE ALFONSO BOZZO, A., "El Tribunal Constitucional y la objeción de

- conciencia. Comentario a la solución jurisprudencial transitoria para el ejercicio de un derecho constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, t. LXXXII (1983), pp. 209-215.
- DE LA HERA, A., "Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia", en *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, coord. por I. C. Ibán, Edersa, Madrid, 1989, pp. 141-164.
- DE LUCAS MARTÍN, F.J. / VIDAL GIL, E.J. / AÑÓN ROIG, M.J., "El régimen jurídico de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria. Posibilidades de desarrollo en las Comunidades Autónomas", *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 3 (1986).
- DE LUCAS MARTÍN, F.J. / VIDAL GIL, E.J. / AÑÓN ROIG, M.J., "La objeción de conciencia, según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables", *Revista General de Derecho*, núm. 520-521 (1988), pp. 81-93.
- DE MIGUEL ZAMORA, E., "Breve estudio de la legislación vigente española en materia de objeción de conciencia", *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXIX (1990), pp. 161-202.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "El derecho de objeción de conciencia en el Consejo de Europa", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 891 (1971), pp. 3-13.
- DE NO LOUIS, E., "El estatuto de los objetores de conciencia en el Gran Ducado de Luxemburgo", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19 (1965), pp. 151-152.
- DE NO LOUIS, E., "La ley belga sobre objetores de conciencia", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 18 (1964), pp. 137-140.
- DE NO LOUIS, E., "La ley francesa de 21 de diciembre de 1963, sobre objetores de conciencia", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 17 (1964), pp. 91-98.
- EL PAÍS, Editoriales: "La espera de los objetores" (28 de diciembre de 1986), "Objetores militarizados" (17 de enero de 1988), "La amnistía de los objetores" (17 de septiembre de 1988), "Ley y resistencia" (28 de febrero de 1989) y "Objetores aparcados" (27 de octubre de 1989).
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A., "Duración de la prestación de los objetores de conciencia: inconstitucionalidad parcial en Derecho italiano (Notas a la Sentencia 470, de 31 de julio de 1989, del Tribunal Constitucional italiano)", *Revista General de Derecho*, núm. 550-551 (1990), pp. 5725-5739.
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A., "Revocación de la nulidad del Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de conciencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1598 (1991), pp. 68-91.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Garantías para la protección del derecho a la objeción de conciencia: la derogación del artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45 (1985), pp. 213-234.

- FLORES PUIG, J. / SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, M., *Objeción de conciencia y exclusión de culpabilidad en Derecho penal militar español*, trabajo no publicado, Valladolid, 1961.
- FORASTER SERRA, M., "El nuevo Código penal militar y la objeción de conciencia al servicio militar", *Sistema*, núm. 78 (1987), pp. 61-68.
- FORASTER SERRA, M., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Hel-las, Barcelona, 1987.
- FORASTER SERRA, M., "Las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar", *Revista Jurídica de Catalunya*, t. LXXXVII (1988), pp. 181-194.
- FORASTER SERRA, M., "Protección jurisdiccional de la objeción de conciencia", en *Revista General de Derecho*, núm. 556-557 (1991), pp. 373-386.
- FORASTER SERRA, M., "Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46 (1985), pp. 189-206.
- FORASTER SERRA, M., "Reglementation de l'objection de conscience en Espagne", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, t. 69 (1989), pp. 733-738.
- FORASTER SERRA, M., "Regulación de objeción de conciencia", *La Ley*, 1985-3, pp. 987-991.
- GARCIA ARIAS, L., "Servicio militar y objeción de conciencia", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 22 (1966), pp. 9-55.
- GARCIA LABAJO, J.M., "El derecho a la objeción de conciencia en tiempo de guerra", en esta misma *Revista* y número.
- GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, tesis doctoral inédita, UAM, Madrid, 1990.
- GASCÓN, M. / PRIETO, L., "Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal constitucional", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5 (1988-1989), pp. 97-120.
- GÓMEZ DE LIAÑO COBALEDA, M., "Infracciones penales de los objetores de conciencia", en *Legislación penal especial*, Colex, Madrid 1986, pp. 181-186.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34 (1982), pp. 489-496.
- "Informe sobre la objeción de conciencia", *Reconquista*, núm. 399 (1983), pp. 6-11.
- IRTI, O. / LOPETTI, A., "La objeción de conciencia y la posible convertibilidad de la obligación de prestar el servicio militar", *Revista de Derecho Público*, núm. 110 (1988), pp. 41-72.
- JIMÉNEZ, J., *La objeción de conciencia en España*, Edicusa, Madrid, 1973.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "El derecho fundamental a la objeción de conciencia en la República Federal de

- Alemania", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102 (1983), pp. 631-650.
- La objeción de conciencia al servicio militar*, Servicio de Documentación de la Fundación "Encuentro", Madrid, 1987.
- La objeción de conciencia al servicio militar en Europa*. Estudio presentado por el Consejo Cuáquero de Asuntos Europeos a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Versión revisada*, Estrasburgo, 1984.
- La objeción de conciencia en el Derecho español e italiano*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Murcia, 1990.
- LIMA TORRADO, J., "Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7 (1990), pp. 89-111.
- MALAMUD GOTI, J.E., "Cuestiones relativas a la objeción de conciencia", en *El lenguaje del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 275-295.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Sistema*, núm. 62 (1984), pp. 3-35.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "Constitución española y objeción de conciencia (Acerca de las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/87, de 27 de octubre)", *Revista General de Derecho*, núm. 523 (1988), pp. 1751-1774.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Algunas precisiones sobre el 'tiempo de presentación' en el delito de falta de incorporación a la prestación social sustitutoria", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, UNED, t. II, Madrid, 1989, pp. 79-88.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Die spanische Gesetzgebung zur Regelung der Wehrdienstverweigerung", *Informationen*, III/1985, pp. 59-63.
- MILLÁN GARRIDO, A., "El Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria", *La Ley*, núm. 931 (1984), pp. 6-7.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Informe sobre la objeción de conciencia al servicio militar en el Ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho Público*, núm. 114 (1989), pp. 5-26. Asimismo publicado en *Revista Argentina de Derecho Militar*, núm. 8 (1989), pp. 15-37, y en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 52 (1988, pero aparecido en 1989), pp. 55-73. La comunicación origen de este trabajo se encuentra inserta en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXIX (1990), pp. 141-160.
- MILLÁN GARRIDO, A., "La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen penal", *Actualidad Penal*, núm. 15 (1991), pp. 219-229.
- MILLÁN GARRIDO, A., "La objeción de conciencia al servicio militar en

- el Derecho español", *Doctrina Penal*, núm. 31 (1985), pp. 389-397, posteriormente publicado en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXIV (1985), pp. 411-423.
- MILLÁN GARRIDO, A., *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MILLÁN GARRIDO, A., *Legislación de servicio militar y objeción de conciencia* (edic.), Tecnos, Madrid, 1987.
- MILLÁN GARRIDO, A., "L'obiezione di coscienza al servizio militare nel Diritto spagnolo", *Rassegna della Giustizia Militare*, t. XI (1985), pp. 471-479.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Nota sobre la legislación portuguesa en materia de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio", *Revista General de Derecho*, núm. 544-545 (1990), pp. 81-94.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria (Algunas consideraciones generales sobre su régimen en Derecho español)", *Revista General de Derecho*, núm. 561 (1991), en prensa.
- MILLÁN GARRIDO, A., "Régimen penal de la prestación social sustitutoria", en el t. X ("La reforma de los delitos contra la Defensa nacional") de los *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 631-686.
- MUÑIZ VEGA, G., "La objeción de conciencia (Su problemática ante la Moral y el Derecho)", *Verbo*, núm. 101-102 (1972), pp. 127-180.
- MUÑIZ VEGA, G., *Los objetores de conciencia ¿delincuentes o mártires?*, Speiro, Madrid, 1974.
- Objeción de conciencia, otro servicio*, Cuadernos Edebe, Ed. Don Bosco, Barcelona, 1977.
- OLIVA MORALES, J.M., "La objeción de conciencia", en *Un proyecto de futuro para la Juventud*, Madrid, 1986, pp. 147-155.
- OLIVA MORALES, J.M. / FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A. / DEL VALLE GUTIÉRREZ, A., *Ordenamiento jurídico de la objeción de conciencia* (edic.), 2ª edición revisada, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5 (1988-1989), pp. 159-176.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Reflexiones sobre la desobediencia civil y la objeción de conciencia", *El Independiente* (3 de marzo de 1989).
- PELÁEZ ALBÉNDEA, F.J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- PEREIRA ÁLVAREZ, E., "Evolución legislativa y situación actual de la objeción de conciencia en España", en *Libertades públicas y Fuerzas*

- Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1986, pp. 579-587.
- PEREÑA VICENTE, L., *La objeción de conciencia en España*, Colección Justicia y Paz, PPC, Madrid, 1971.
- PRIETO SANCHÍS, L., "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho", *Sistema*, núm. 59 (1984), pp. 41-62.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., "La objeción de conciencia ante el Derecho penal", *Estudios de Deusto*, núm. 25-26 (1965), pp. 607-616.
- RALLO LAMBARTE, A., "El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar", *Revista General de Derecho*, núm. 549 (1990), pp. 4129-4164.
- RAMOS MORENTE, M., "De nuevo la frustración", *El País* (26 de enero de 1988).
- RAMOS MORENTE, M., *La objeción de conciencia*, Edic. del Ayuntamiento y Diputación Provincial, Málaga, 1990.
- REGAMEY, P.R./ JOLI, J.Y., *Frente a la violencia (Los objetores de conciencia)*, Fax, Madrid, 1964.
- Regulación de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria*. Documentación Parlamentaria núm: 13, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, 1983.
- REINA BERNÁLDEZ, A., "Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio", *La Ley*, 1983-2, pp. 1228-1235.
- RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, Integral, Barcelona, 1988.
- ROIS ALONSO, J.C., "La objeción de conciencia: una opción transformadora", *Boletín Informativo de la Diputación Provincial de Málaga*, núm. 18 (1988), pp. 20-24.
- ROIS ALONSO, J.C. / DE DIEGO PÉREZ M., "La represión de la objeción de conciencia. El balance negativo de una ley polémica", *El País* (1 de octubre de 1986).
- RUBIO GARCIA, L., "¿Superación del problema de la objeción de conciencia?. Un balance de los elementos implicados", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 6 (1958), pp. 23-55, y núm. 7 (1959), pp. 9-35.
- RUIZ MIGUEL, A., "Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4 (1986-1987), pp. 399-421.
- SÁNCHEZ SUAREZ, R., *La objeción de conciencia*. Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- SANTOS BOBO, A., "La objeción de conciencia. Las aguas comienzan a volver a su cauce", *Reconquista*, núm. 292 (1974), pp. 22-23.
- SORIANO, R., "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el Ordenamiento jurídico español", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58 (1987), pp. 61-110.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., "La objeción de conciencia al servicio militar en España", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7 (1990), pp. 251-268.

- TEJIDO MALLART, J.M., "Negarse a cumplir el servicio militar en Europa", *El País* (19 de octubre de 1987).
- TUCCI, E., "La objeción de conciencia", *Revista de Derecho Privado*, t. LXV (1981), pp. 236-242.
- VALDUNCIEL DE MORONI, M.C., *Objeción de conciencia y deber militar*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- VENDITTI, R., "La objeción de conciencia al servicio militar", trad. de J.F. Higuera Guimerá, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVII (1984), pp. 387-396.
- VENDITTI, R., "Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar", trad. de A. Millán Garrido, *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), pp. 931-945.
- WHITTLE, P., "La objeción de conciencia al servicio militar", en *Armas y desarme en el mundo*, Fepri, 1986, pp. 277-311.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

## JEFATURA DEL ESTADO

**Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.**

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

### PREAMBULO

La política de personal militar ha estado condicionada, desde la creación del Ministerio de Defensa en el año 1977, por la existencia de una legislación dispersa, confusa y, a veces, hasta contradictoria. La causa fundamental de esta situación procedía de la existencia de tres Ministerios militares que habían ido generando una legislación propia, a veces justificada por las peculiaridades de cada Ejército y otras no tanto. Todo ello dificultaba la gestión y administración de los recursos humanos.

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 ejer-

cicio de la función militar que, como actividad pública peculiar, exige la ordenación del «status» profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas.

En la última década se han racionalizado y fijado criterios más homogéneos en la política de personal actuando sobre los dos campos citados, si bien el proceso venía condicionado por las dificultades de llevarlo a cabo simultáneamente con la vertebración de las Fuerzas Armadas en el nuevo ordenamiento constitucional y con la resolución de los problemas de organización y de recursos que tenían nuestros Ejércitos.

En materia de personal se abordaron inicialmente aspectos sustanciales como la actualización del código de conducta y regla moral de la Institución militar, por medio de la promulgación de la Ley de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica que definió los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, una adecuación parcial, nacida con vocación de provisionalidad, del Código de Justicia Militar a la Constitución y las reformas prioritarias en materia de ascensos y situaciones.

En la pasada Legislatura se trató de evitar la adopción de medidas coyunturales y se decidió afrontar las soluciones globales que una coherente política de personal requiere. En consecuencia, se aprobaron nuevas leyes penales y disciplinarias militares y se definieron las directrices para una nueva organización y asignación de competencias a la jurisdicción militar, de acuerdo con los principios de la Constitución; se reformó el servicio militar para adaptarlo igualmente a lo dispuesto en la misma y, complementariamente, se reguló la objeción de conciencia; se determinaron las nuevas

plantillas, proceso que estuvo íntimamente ligado a los planes de modernización y reestructuración de las Fuerzas Armadas; se aprobaron las normas de régimen interno de las unidades militares, recogidas en las Reales Ordenanzas de cada uno de los Ejércitos, y se inició la actualización de la enseñanza militar.

En la presente Legislatura la tarea fundamental, además de culminar la reforma de la justicia militar, ha sido definir el marco global de la función militar plasmado en esta Ley, con la que se pretende completar la definición del sistema de personal militar, consolidar las bases de la profesionalidad de los miembros de las Fuerzas Armadas y conseguir, con ello, estimular a todos los militares profesionales al mejor cumplimiento de sus cometidos.

Sólo en algún aspecto concreto como es el de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se decidió adelantar el proceso inicialmente previsto dentro del nuevo marco general. Así se reguló, en cumplimiento del mandato positivo contenido en nuestro ordenamiento legal, la participación de la mujer en los Cuerpos y Escalas militares en un plano de igualdad con los sistemas de incorporación de los hombres, con lo que se puso en marcha una de las medidas orientadas a eliminar los obstáculos que se oponían a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad. Con esta Ley alcanza su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas.

Por su propia naturaleza, la función militar es una actividad de interés público con todas las 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 aquélla.

La función militar abarca los contenidos de la profesión militar y las normas que regulan su ejercicio. Los contenidos profesionales se corresponden con las atribuciones propias del personal integrado en las Fuerzas Armadas y requieren también la regulación de la enseñanza que les capacite para el ejercicio profesional. La enseñanza militar incluye determinados conocimientos científicos y culturales de carácter general junto a los específicamente militares: Doctrinas, técnicas y procedimientos para el empleo de las unidades, la utilización de los sistemas de armas y su explotación estratégica y táctica. Ninguno de ellos, por su peculiaridad, se imparte en el sistema educativo general, sino que es el propio Ministerio de Defensa el que debe hacerlo a través de una estructura docente apropiada.

El régimen del personal militar queda definido por diversos aspectos. Los principales son la ordenación jerárquica de los miembros de las Fuerzas Armadas por empleos militares, las condiciones de ingreso y retiro, los sistemas de evaluación, promoción y ascenso y la normativa sobre provisión de destinos y situaciones administrativas. Elemento indispensable es la regulación de una estructura de Cuerpos y Escalas acorde con los cometidos que requiere una organización compleja como las Fuerzas Armadas y que permita disponer del personal capacitado para desempeñar los cometidos de los diferentes puestos de trabajo de la organización militar, definidos en los reglamentos y manuales funcionales.

Los principales objetivos de la Ley han sido, en consecuencia, 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 las Fuerzas Armadas el recurso de personal que éstas necesitan y regular los demás elemen-

tos, mencionados en el párrafo anterior, que configuran el «status» profesional de los militares de carrera y de los que mantienen una relación de servicios de carácter profesional no permanente.

Criterios que han guiado la elaboración de esta Ley han sido los de globalidad, en el sentido de dejar agotada en el campo de personal y enseñanza militar la reserva legislativa que hace que 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; generalidad en su contenido, de forma que no se descende a detalles de tipo reglamentario; integración de las disposiciones de los Ejércitos y los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas y compatibilidad, en lo posible, con las disposiciones legales que regulan la función pública y el sistema educativo general.

Cabe señalar, por último, que en el marco de la función militar no podía faltar la Guardia Civil por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, si bien al tener que ajustarse a lo previsto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, su régimen de personal habrá de compaginar lo dispuesto en las dos normas.

## TÍTULO PRELIMINAR

### *Artículo 1. Función militar*

1. 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.

Este servicio también se presta por la Guardia Civil en cumplimiento de las misiones de carácter militar que de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se le encomienden.

2. La organización militar, conforme a los principios de la Constitución, es la regulada por la Ley Orgánica que

desarrolla lo preceptuado en el artículo 8.2 de la misma.

3. La condición militar la adquieren quienes con una relación de servicios profesionales se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil, los que lo hacen en cumplimiento de las obligaciones militares que la Ley del Servicio Militar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Constitución, establece para los españoles y los que ingresan en los centros docentes militares de formación.

### *Artículo 2. Mando supremo de las Fuerzas Armadas*

El mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde a Su Majestad el Rey, quien tiene el empleo de Capitán General del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

### *Artículo 3. Objeto y ámbito de aplicación de esta Ley*

La presente Ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar que mantiene una relación de servicios profesionales y es de aplicación a los militares de carrera, que constituyen los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas, y a los militares de empleo, que adquieren compromiso mediante una relación de servicios de carácter no permanente. También es de aplicación a los alumnos de los centros docentes militares de formación.

### *Artículo 4. Guardia Civil*

1. El régimen de personal de la Guardia Civil se establecerá conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Dicho régimen se basará, además, en la presente Ley.

2. Las competencias que en esta Ley se atribuyen a los órganos superiores de la función militar se ejercerán respecto a la Guardia Civil sin perjuicio de lo que, conforme a la legislación vigente, corresponda al Ministerio del In-

terior, al Director general de la Guardia Civil y a los órganos propios de este Instituto.

3. Los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinaria militares así como a su normativa específica.

## TITULO PRIMERO

### **Organos superiores de la función militar**

#### *Artículo 5. El Gobierno*

El Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en lo que se refiere al régimen del personal militar profesional. Corresponde en particular al Gobierno:

a) Aprobar, en el marco del planeamiento de la defensa militar, las necesidades de personal militar a medio y largo plazo.

b) Aprobar la provisión anual de plazas para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

c) Desarrollar los criterios generales de promoción y ascenso establecidos en la presente Ley.

d) Ejercer las demás competencias que se le atribuyen en esta Ley.

#### *Artículo 6. El Ministro de Defensa*

El Ministro de Defensa dirige, coordina y controla la política de personal y de enseñanza en el ámbito de la Administración militar. Le corresponden, en particular, las competencias que se le asignan en esta Ley en relación con la propuesta o aprobación de disposiciones de carácter general y con la decisión o propuesta sobre los aspectos básicos que configuran la carrera del militar.

#### *Artículo 7. El Subsecretario de Defensa*

El Subsecretario de Defensa, bajo la autoridad y directa dependencia del ti-

tular del Departamento, es el responsable de proponer, desarrollar y aplicar la política de personal y de enseñanza en el ámbito de la Administración militar. Le corresponde, en particular, elaborar o proponer disposiciones en materia de personal y enseñanza militar y dirigir la gestión general de todo el personal militar y específica de quienes no se hallen encuadrados en alguno de los Ejércitos.

#### *Artículo 8. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa y los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire*

El Jefe del Estado Mayor de la Defensa y los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire asesoran e informan al Ministro de Defensa sobre las necesidades en materia del personal y de enseñanza militar para el cumplimiento de la misión que tengan encomendada los Ejércitos y dirigen la gestión de los recursos humanos que se les asignen. También les corresponde, en los términos previstos en esta Ley, la decisión propuesta o informe, según proceda, en relación con los aspectos básicos que configuran la carrera del militar.

#### *Artículo 9. Los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire*

1. A los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, como órganos colegiados asesores y consultivos del Ministro de Defensa y del Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo, les corresponde efectuar los informes que se indican en esta Ley sobre los aspectos básicos que configuran la carrera del militar, sobre los asuntos que someta a su consideración el Ministro de Defensa y sobre aquellos cuya competencia resolutoria corresponda al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente y éste someta a su consideración. También

les corresponde ser oídos en los expedientes disciplinarios extraordinarios que afecten a personal de su respectivo Ejército, de conformidad con lo preceptuado en el título V de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2. Las disposiciones reglamentarias que regulen la estructura orgánica del Ministerio de Defensa determinarán su composición y demás competencias.

## TITULO II

### Categorías y empleos militares

#### *Artículo 10. Categorías y empleos militares*

1. La estructura orgánica de las Fuerzas Armadas se basa en la ordenación jerárquica de sus miembros por empleos militares y, dentro de éstos, por antigüedad.

2. Los empleos militares, con indicación de sus denominaciones básicas, las específicas de la Armada y las categorías en las que se agrupan, son los siguientes:

a) Oficiales Generales:

Capitán General

Teniente General o Almirante

General de División o Vicealmirante

General de Brigada o Contralmirante

b) Oficiales superiores:

Coronel o Capitán de Navío

Teniente Coronel o Capitán de Fragata

Comandante o Capitán de Corbeta

c) Oficiales:

Capitán o Teniente de Navío

Teniente o Alférez de Navío

Alférez o Alférez de Fragata

d) Suboficiales superiores:

Suboficial Mayor

Subteniente

e) Suboficiales:

Brigada

Sargento Primero

Sargento

f) Tropa y marinería:

Cabo Primero

Cabo

Soldado o Marinero

3. El empleo de Capitán General, superior categoría militar tradicional en las Fuerzas Armadas, podrá concederse con carácter excepcional en aquellas circunstancias especiales en que lo aconsejen razones de servicio o de mérito personal.

La concesión del empleo, del Ejército de que se trate, se llevará a cabo por Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno.

4. Cada vez que en la presente Ley se utilice la denominación básica de un empleo se entenderá que comprende las específicas de la Armada y las que se detallan en el capítulo 5 del título III de esta Ley. En las denominaciones de los empleos militares no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer.

5. El empleo militar faculta para ejercer mando o desempeñar los cometidos de los distintos niveles de la organización de las Fuerzas Armadas. El que ejerce mando o dirección de una unidad, centro u organismo recibe la denominación de Jefe, Comandante o Director, según lo dispuesto reglamentariamente. En esta Ley el término Jefe comprende todas estas denominaciones.

6. La antigüedad en el empleo se corresponderá con el tiempo transcurrido desde la obtención del empleo correspondiente, salvo que se modifique la posición del interesado en el escalafón, en cuyo caso se le asignará la antigüedad de aquél que le preceda en su nueva situación.

## TITULO III

### Cuerpos y Escalas militares

#### CAPITULO UNO

##### Disposiciones Generales

#### *Artículo 11. Cuerpos y Escalas militares*

1. Los militares de carrera se integran en distintos Cuerpos de acuerdo

con los cometidos que deban desempeñar. 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 aquéllos tengan asignadas. Cuando un Cuerpo conste de una sola Escala ésta podrá ser identificada con el nombre del Cuerpo.

2. La creación, extinción, integración o refundición de Cuerpos y Escalas se efectuará por Ley.

#### *Artículo 12. Especialidades*

1. En cada Escala existirán las especialidades fundamentales necesarias para desarrollar, en el nivel correspondiente, los cometidos que tengan encomendados el personal del Cuerpo al que aquélla pertenece. Las especialidades fundamentales facultan para el ejercicio profesional en un determinado campo de actividad.

2. También existirán especialidades complementarias que facultan para desempeñar actividades en áreas concretas o para alcanzar un mayor grado de especialización en el campo de actividad de las fundamentales.

3. Reglamentariamente se determinarán la definición de las especialidades, los Cuerpos y Escalas desde los que se puede acceder a las mismas, los requisitos y condiciones exigidos para su obtención y ejercicio, la compatibilidad entre especialidades y los empleos o categorías militares en los que se pueden adquirir o mantener, así como los distintivos de las especialidades.

#### *Artículo 13. Cuerpos militares*

1. Los Cuerpos militares se clasifican en Cuerpos específicos de los Ejércitos y Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.

2. Los Cuerpos específicos del Ejército de Tierra son los siguientes:

Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra

Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra

Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra

Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra

3. Los Cuerpos específicos de la Armada son los siguientes:

Cuerpo General de la Armada

Cuerpo de Infantería de Marina

Cuerpo de Intendencia de la Armada

Cuerpo de Ingenieros de la Armada

Cuerpo de Especialistas de la Armada

4. Los Cuerpos específicos del Ejército del Aire son los siguientes:

Cuerpo General del Ejército del Aire

Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire

Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire

Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire

5. Los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas son los siguientes:

Cuerpo Jurídico Militar

Cuerpo Militar de Intervención

Cuerpo Militar de Sanidad

Cuerpo de Músicas Militares

## CAPITULO 2

### **Cuerpos del Ejército de Tierra**

#### *Artículo 14. Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra*

1. Los miembros del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, agrupados en Escalas superior, media y básica, tienen como cometidos el mando, preparación y empleo de la fuerza y del apoyo a la fuerza del Ejército de Tierra.

2. Los empleos del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra son los de Teniente a Teniente General en la Escala superior, Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

*Artículo 15. Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra*

1. Los miembros del Cuerpo de Intendencia como cometidos el planeamiento y gestión de recursos económicos y el asesoramiento en materia económico-financiera en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo, así como el desarrollo de los de carácter logístico que se les encomienden reglamentariamente dentro del Ejército de Tierra. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra son los de Teniente a General de División.

*Artículo 16. Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra*

1. Los miembros del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos el asesoramiento, aplicación, estudio e investigación en materias técnicas propias de sus especialidades en el ámbito del Ejército de Tierra, así como en el de otros organismos del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra son los de Teniente a General de División.

*Artículo 17. Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra*

1. Los miembros del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, agrupados en Escalas media y básica, tienen como cometidos el mantenimiento, abastecimiento y, en su caso, manejo de los sistemas de armas, equipos y demás medios materiales del Ejército de Tierra.

También desarrollan cometidos de mando y de apoyo administrativo.

2. Los empleos del Cuerpo de Especialistas son los de Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

### CAPITULO 3

#### Cuerpos de la Armada

*Artículo 18. Cuerpo General de la Armada*

1. Los miembros del Cuerpo General de la Armada, agrupados en Escalas superior y media, tienen como cometidos el mando, preparación y empleo de la fuerza y del apoyo a la fuerza de la Armada.

2. Los empleos del Cuerpo General de la Armada son los de Alférez de Navío a Almirante en la Escala superior y Alférez de Fragata a Capitán de Fragata en la Escala media.

*Artículo 19. Cuerpo de Infantería de Marina*

1. Los miembros del Cuerpo de Infantería de Marina, agrupados en Escalas superior, media y básica, tienen como cometidos el mando, preparación y empleo de la fuerza de Infantería de Marina y del apoyo a la fuerza de la Armada.

2. Los empleos del Cuerpo de Infantería de Marina son los de Teniente a General de División en la Escala superior, Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

*Artículo 20. Cuerpo de Intendencia de la Armada*

1. Los miembros del Cuerpo de Intendencia de la Armada, agrupados en una Escala superior, tienen como co-

## CAPITULO 4

### Cuerpos del Ejército del Aire

metidos el planeamiento y gestión de los recursos económicos y el asesoramiento en materia económico-financiera en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo, así como el desarrollo de los de carácter logístico que se les encomienden reglamentariamente dentro de la Armada. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Intendencia de la Armada son los de Teniente a General de división.

#### *Artículo 21. Ingenieros de la Armada*

1. Los miembros del Cuerpo de Ingenieros de la Armada, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos el asesoramiento, aplicación, estudio e investigación en materias técnicas propias de sus especialidades en el ámbito de la Armada, así como en el de otros organismos del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Ingenieros de la Armada son los de Alférez de Navío a Vicealmirante.

#### *Artículo 22. Cuerpo de Especialistas de la Armada*

1. Los miembros del Cuerpo de Especialistas de la Armada, agrupados en Escalas media y básica, tienen como cometidos el mantenimiento, abastecimiento y, en su caso, manejo de los sistemas de armas, equipos y demás medios materiales de la Armada. También desarrollan cometidos de mando y de apoyo administrativo.

2. Los empleos del Cuerpo de Especialistas de la Armada son los de Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

#### *Artículo 23. Cuerpo General del Ejército del Aire*

1. Los miembros del Cuerpo General del Ejército del Aire, agrupados en Escalas superior, media y básica, tienen como cometidos el mando, preparación y empleo de la fuerza y del apoyo a la fuerza del Ejército del Aire.

2. Los empleos del Cuerpo General del Ejército del Aire son los de Teniente a Teniente General en la Escala superior, Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

#### *Artículo 24. Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire*

1. Los miembros del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos el planeamiento y gestión de los recursos económicos y el asesoramiento en materia económico-financiera en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo, así como el desarrollo de los de carácter logístico que se les encomienden reglamentariamente dentro del Ejército del Aire. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire son los de Teniente a General de División.

#### *Artículo 25. Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire*

1. Los miembros del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos el asesoramiento, aplicación, estudio e investigación en materias técnicas propias de sus especialida-

des en el ámbito del Ejército del Aire, así como en el de otros organismos del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo. También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias.

2. Los empleos del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire son los de Teniente a General de División.

#### *Artículo 26. Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire*

1. Los miembros del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire, agrupados en Escalas media y básica, tienen como cometidos el mantenimiento, abastecimiento y, en su caso, manejo de los sistemas de armas, equipos y demás medios materiales del Ejército del Aire. También desarrollan cometidos de mando y de apoyo administrativo.

2. Los empleos del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire son los de Alférez a Teniente Coronel en la Escala media y Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica.

### CAPITULO 5

#### **Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas**

##### *Artículo 27. Cuerpo Jurídico Militar*

1. Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos los que conforme a la Ley les corresponde en la jurisdicción militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo.

2. Los empleos del Cuerpo Jurídico Militar son los de Teniente a Coronel, con las denominaciones del empleo correspondiente seguidas del término «Auditor», y los de General de Brigada y General de División, con las denominaciones de General Auditor y General Consejero Togado, respectivamente.

##### *Artículo 28. Cuerpo Militar de Intervención*

1. Los miembros del Cuerpo Militar de Intervención, agrupados en una Escala superior, tienen como cometidos desempeñar, en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo y en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria, la función interventora y los controles financieros y de eficacia, por delegación del Interventor general de la Administración del Estado, así como ejercer la Notaría Militar en la forma y condiciones establecidas por las Leyes y emitir cuantos informes les sean solicitados en materia de su competencia por las autoridades superiores del Ministerio de Defensa.

2. Los empleos del Cuerpo Militar de Intervención son los de Teniente a General de División, con las denominaciones del empleo correspondiente seguidas del término "Interventor".

##### *Artículo 29. Cuerpo Militar de Sanidad*

1. Los miembros del Cuerpo Militar de Sanidad, agrupados en Escalas superior y media, tienen como cometido la atención a la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas en los campos logístico-operativo y asistencia.

2. Los empleos del Cuerpo Militar de Sanidad son los de Teniente a General de División en la Escala superior y los de Alférez a Teniente Coronel en la Escala media, todos ellos con las denominaciones del empleo correspondiente seguidas de la expresión «de Sanidad».

##### *Artículo 30. Cuerpos de Músicas Militares*

1. Los miembros del Cuerpo de Músicas Militares, agrupados en Escalas superior y básica, tienen como cometido prestar los servicios de música en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

2. Los empleos del Cuerpo de Músicas Militares son los de Teniente a Teniente Coronel en la Escala superior y los de Sargento a Suboficial Mayor en la Escala básica, todos ellos con las denominaciones del empleo correspondiente seguidas del término «Músico».

## CAPITULO 6

### Plantillas

#### Artículo 31. Plantillas

1. Las plantillas máximas por categorías militares, fijadas globalmente para cada uno de los Ejércitos y para el conjunto de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, se determinarán por Ley. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, determinará las que corresponden a los distintos Cuerpos y Escalas, teniendo en cuenta las previsiones del planeamiento de la defensa militar, los tiempos medios de permanencia en los empleos que se determinan en el apartado siguiente y los créditos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

2. El desarrollo normal de la carrera expresado en tiempos medios de permanencia en los empleos, a los efectos de la determinación de plantillas y sin que ello genere derecho al ascenso, es el siguiente.

Escalas superiores:

Teniente. Cuatro años.

Capitán. Ocho años.

Comandante. Ocho años.

Teniente. Coronel Siete años.

Escalas medias:

Alférez. Cinco años.

Teniente. Diez años.

Capitán. Diez años.

Escalas básicas:

Sargento. Ocho años.

Sargento. Primero Siete años.

Brigada. Nueve años.

3. Cuando se designe a un Oficial General para ocupar cargos de Director general o cualquier otro de especial relevancia en el ámbito del Ministerio de

Defensa, se considerará plantilla transitoria adicional, salvo en el caso de que estén expresamente asignados a su Escala y empleo.

## TITULO IV

### Enseñanza militar

## CAPITULO I

### Definición y estructura de la enseñanza militar

#### Artículo 32. Sistema de enseñanza militar

1. El sistema de enseñanza militar, fundamento del ejercicio profesional en las Fuerzas Armadas, tiene como finalidades la capacitación profesional del militar, la adecuación permanente de sus conocimientos al desarrollo de la ciencia y de la técnica y su formación en las características de las Fuerzas Armadas y en los principios constitucionales.

2. La enseñanza militar se configura como un sistema unitario que garantiza la continuidad del proceso educativo, integrado en el sistema educativo general y servido, en su parte fundamental, por la estructura docente del Ministerio de Defensa.

3. La enseñanza militar, en tanto que sistema unitario, se estructura en:

a) Enseñanza militar de formación.

b) Enseñanza militar de perfeccionamiento.

c) Altos Estudios Militares.

#### Artículo 33. Enseñanza militar de formación

1. La enseñanza militar de formación tiene como finalidad la preparación para el acceso a las Escalas militares y para la obtención de algunas de las especialidades fundamentales de las mismas. Se estructura en:

a) Enseñanza militar de grado básico, que faculta para la incorporación a las Escalas básicas.

b) Enseñanza militar de grado me-

dio, que faculta para la incorporación a las Escalas medias.

c) Enseñanza militar de grado superior, que faculta para la incorporación a las Escalas superiores.

En cada uno de los grados indicados, la incorporación a Escala determinada supondrá, con la atribución del primer empleo militar, la obtención de una titulación equivalente, respectivamente, a las del sistema educativo general de Técnico Especialista, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico y Licenciado, Arquitecto o Ingeniero.

2. Cuando el sistema educativo general proporcione las titulaciones requeridas para el acceso a las Escalas militares, la estructura docente del Ministerio de Defensa complementará la formación técnica acreditada con el título exigido para el ingreso con la específica necesaria para el ejercicio de los cometidos del Cuerpo y Escala correspondientes e impartirá la formación militar necesaria.

#### *Artículo 34. Enseñanza militar de perfeccionamiento*

La enseñanza militar de perfeccionamiento tiene como finalidad capacitar al militar para el desempeño de los contenidos de categorías o empleos superiores, proporcionarle un mayor grado de especialización, facultarle para el desempeño de actividades en áreas concretas y ampliar o actualizar los conocimientos requeridos para el desarrollo de la profesión militar.

#### *Artículo 35. Altos Estudios Militares*

El nivel de Altos Estudios Militares tiene como finalidad preparar al militar para el desempeño de actividades en los escalones superiores de mando, dirección y gestión y en los Estados Mayores. Incluye los estudios relacionados con la defensa nacional y la política militar, así como la investigación y desarrollo de las doctrinas para la acción

unificada y para el empleo de los medios de las Fuerzas Armadas.

## CAPITULO 2

### Centros docentes militares

#### *Artículo 36. Academias y Escuelas de formación*

1. La enseñanza militar de formación de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del de Infantería de Marina se impartirá en las Academias Generales que reglamentariamente se determinen. En dichas Academias también se impartirá la formación de carácter general militar de los Cuerpos de Intendencia y de Especialistas y la enseñanza complementaria de la titulación requerida para el acceso a los Cuerpos de Intendencia.

2. Para completar las enseñanzas técnicas y prácticas desarrolladas en las Academias podrán existir Escuelas de especialidades fundamentales que tendrán a concentrar más de una especialidad, teniendo en cuenta el principio de economía de medios y la afinidad formativa de las especialidades. En todo caso la dirección y el control de los programas que se desarrollen en las mismas corresponderá a las Academias citadas en el apartado anterior de este artículo.

3. La enseñanza militar de formación de los Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos se impartirá en las Escuelas de especialidades fundamentales que reglamentariamente se determinen.

#### *Artículo 37. Escuelas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas*

1. Las enseñanzas correspondientes a los niveles de formación y perfeccionamiento de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas se podrán impartir en Escuelas de cada Cuerpo o en una común a varios de ellos.

2. La formación de carácter general militar de los Cuerpos citados en el apartado anterior se desarrollará en las Academias de los Cuerpos Generales de los Ejércitos.

*Artículo 38. Escuelas Generales de los Ejércitos*

Las Escuelas Generales del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire impartirán los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de categorías o empleos superiores y los de Estado Mayor de sus respectivos Ejércitos.

*Artículo 39. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*

El Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional impartirá cursos relacionados con la defensa nacional y la política militar y desarrollará tareas de investigación y docencia en áreas de su competencia.

También impartirá los cursos de Estados Mayores conjuntos y los de alta gestión y administración de recursos.

*Artículo 40. Escuelas de especialidades complementarias*

1. Las enseñanzas de las especialidades complementarias y los cursos de carácter general se podrán desarrollar en cualquier centro, docente o no, de carácter militar o civil.

2. Únicamente se crearán Escuelas para impartir enseñanzas correspondientes a especialidades complementarias cuando los cursos tengan una periodicidad estable, se refieran a materias de interés militar y razones de coste y eficacia lo aconsejen.

*Artículo 41. Régimen general de los centros docentes militares*

1. La competencia para la creación de centros docentes militares corresponde al Gobierno, salvo en el

caso de las Escuelas de especialidades complementarias que corresponde al Ministro de Defensa.

2. Las normas generales que regulen el régimen interior y la programación de los centros docentes militares serán aprobadas por el Ministro de Defensa.

3. Todos los centros del sistema de enseñanza militar se prestarán mutua colaboración para el desarrollo de los cursos o programas que tengan encomendados.

4. En virtud de los conciertos a los que se hace referencia en el artículo 54 de esta Ley, determinados programas o cursos de la enseñanza militar se podrán impartir en las Universidades públicas u otros centros del sistema educativo general.

*Artículo 42. Gobierno de los centros docentes militares*

1. La dirección y gobierno de los centros docentes militares se ejerce por su director, que es la máxima autoridad académica del centro, ostenta la representación del mismo e informa o efectúa la propuesta de designación del profesorado. Le corresponden las competencias de carácter general, militar y disciplinario, asignadas a los Jefes de Unidad, centro u organismo.

2. En el régimen interior de los centros se determinarán los restantes órganos unipersonales de su estructura docente y administrativa, así como los cometidos que les corresponden. También se podrán establecer órganos colegiados con facultades de asesoramiento.

### CAPITULO 3

#### **Acceso a la Enseñanza Militar**

*Artículo 43. Acceso a la enseñanza militar*

Todos los españoles tienen dere-

cho al acceso a la enseñanza militar en los términos regulados en este capítulo.

*Artículo 44. Procedimientos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación*

1. El ingreso en los centros docentes militares de formación se efectuará mediante convocatoria pública a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

2. Para optar a dicho ingreso será necesario tener la nacionalidad española, no estar privado de los derechos civiles, ni procesado por delito doloso o separado del servicio de las Administraciones Públicas ni inhabilitado para el ejercicio de la función pública, así como poseer los niveles de titulación, encontrarse dentro de los límites de edad, no superar el número máximo de convocatorias y cumplir las demás condiciones que se establezcan reglamentariamente.

3. En los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

4. En los procedimientos de selección se cuidará que las pruebas a superar sean adecuadas al grado de enseñanza militar que se va a cursar en las Academias o, en el caso que se requiera para el acceso una titulación del sistema educativo general, al ejercicio de los cometidos profesionales de la Escala correspondiente. Servirán, asimismo, para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias.

5. Los órganos de selección no podrán declarar admitido un número

de aspirantes superior al de las plazas convocadas. Cualquier propuesta que contravenga lo anteriormente establecido será nula de pleno derecho.

*Artículo 45. Provisión de plazas para el ingreso en los centros docentes militares de formación*

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Defensa, determinará anualmente la provisión de plazas para el ingreso en los centros docentes militares de formación, especificando los cupos que correspondan a los distintos sistemas de promoción interna.

*Artículo 46. Niveles de titulación exigidos para el ingreso*

1. Para ingresar en las Academias militares se exigirán los mismos niveles de estudios que los requeridos en el sistema educativo general para acceder a los centros en los que se obtienen las titulaciones equivalentes a cada uno de los grados.

2. 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 de 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 artículo 33 de esta Ley y los cometidos del Cuerpo y Escala a los que se tendrá acceso.

3. También se podrá acceder directamente a las Academias militares, en el cupo de plazas correspondientes a cada Escala que, en su caso, determine el Gobierno, si se poseen las titulaciones equivalentes a los diferentes grados de la enseñanza militar de formación.

#### *Artículo 47. Sistemas de promoción interna*

1. La promoción interna de las Escalas básicas a las medias y de las Escalas medias a las superiores y la de militares de empleo a las Escalas de militares de carrera se regirán por lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. Podrán acceder por promoción interna a la enseñanza militar de grado superior, mediante ingreso en las Academias que la impartan, los militares de carrera de las Escalas medias de los Cuerpos correspondientes con dos años de servicios efectivos. A la enseñanza militar de grado medio podrán acceder los militares de carrera de las Escalas básicas de los Cuerpos correspondientes con dos años de servicios efectivos.

3. Los militares de empleo de la categoría de oficial que complementen las Escalas de los Cuerpos específicos de los Ejércitos no mencionados en el párrafo siguiente, podrán acceder a las Academias de las Escalas superiores y medias de los Cuerpos correspondientes, siempre que lleven al menos dos años de servicios efectivos como tales.

Los militares de empleo de la categoría de oficial que complementen las Escalas de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas podrán acceder a los centros docentes militares de formación correspondientes, siempre que posean alguno de los títulos requeridos para el ingreso en la Escala respectiva y lleven al menos dos años de servicios efectivos como tales.

4. Los militares de empleo de la categoría de *tropa y marinería* profesionales podrán acceder por promoción interna a la enseñanza militar de grado básico reservándose para ellos al menos un 60 por 100 de las plazas convocadas.

5. Reglamentariamente se determinarán los empleos desde los que se puede acceder a una Escala superior por promoción interna, los límites de edad,

los procedimientos de selección de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de esta Ley y los títulos exigidos.

#### *Artículo 48. Concurrentes a cursos de perfeccionamiento y de Altos Estudios Militares*

Todos los militares de carrera tienen el derecho y el deber de perfeccionarse profesionalmente. A tal fin podrán realizar los cursos que respondan a las exigencias de los perfiles profesionales requeridos conjugando destino y cursos de acuerdo con las exigencias del servicio y sus propias aptitudes.

2. La selección para realizar cursos de especialización se hará mediante concurso. Cuando las previsiones del planeamiento de la defensa militar lo requieran se podrán designar asistentes con carácter obligatorio.

3. Los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de las categorías o empleos superiores tienen carácter obligatorio para los que sean convocados a los mismos. La convocatoria podrá tener carácter general o limitado, según lo regulado en el artículo 84.2 de la presente Ley.

4. La realización de los cursos del nivel de Altos Estudios Militares se hará mediante concurso. También se podrán designar asistentes de forma directa.

5. El Ministerio de Defensa facilitará la realización de estudios de grado universitario mediante programas de enseñanzas abiertas. Cuando estos estudios amplíen la preparación profesional, los militares de carrera recibirán las ayudas que se determinen.

### CAPITULO 4

#### Planes de Estudios

#### *Artículo 49. Planes de estudios de la enseñanza militar de formación*

1. Los planes de estudios corres-

pondientes a la enseñanza militar de formación se ajustarán a los siguientes criterios:

a) Tenderán a garantizar el pleno desarrollo de la personalidad y la completa formación de la persona.

b) Fomentarán la convivencia social y los demás valores constitucionales.

c) Proporcionarán la formación general y la especialización fundamental requerida en cada Escala y Cuerpo.

d) Se estructurarán ponderando, según las necesidades profesionales, las áreas de formación humana, física, militar y técnica.

e) Se desarrollarán a través de disciplinas obligatorias y optativas, de manera que el alumno pueda iniciar el libre desarrollo del propio historial.

f) Combinarán, en la medida adecuada, las enseñanzas teóricas y prácticas.

2. Los planes de estudios de la enseñanza militar de formación de carácter específico tendrán una duración similar a la de los correspondientes a las titulaciones del sistema educativo general equivalentes a cada uno de los grados.

En la enseñanza militar de grados medio y superior, cuando el acceso se produzca por promoción interna, la duración será como máximo de dos años, teniendo en cuenta la formación técnica y militar anterior. Cuando el acceso sea directo, algunos de los cursos podrán ser sustituidos por la exigencia de haber superado los de nivel equivalente del sistema educativo general.

3. Cuando el ingreso en los centros de enseñanza militar se produzca de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 46 de esta Ley los planes de estudios correspondientes a la enseñanza de formación tendrán una duración máxima de dos años e incluirán los cursos que sean necesarios.

4. Para la incorporación a las Escalas de los diferentes Cuerpos deberán superarse todos los cursos académicos previstos en el plan de estudios correspondiente.

#### *Artículo 50. Cursos de capacitación para el desempeño de cometidos de categorías o empleos superiores*

Los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de las categorías o empleos superiores tendrán carácter eminentemente formativo y técnico, sin perjuicio de su influencia en la demostración de aptitudes y en las evaluaciones correspondientes.

#### *Artículo 51. Cursos de especialización*

1. Existirá una oferta de especialización continuada que incluirá los cursos de preparación profesional progresiva que sean necesarios. Las bases que regulen su convocatoria especificarán la definición del curso, grado de especialización requerido para acceder a él y aptitud que se alcanzará en el mismo, así como los requisitos exigidos y las condiciones de vinculación, fundamentalmente las incompatibilidades entre especialidades y la obligatoriedad de ejercer la especialidad correspondiente por unos periodos de tiempo determinados.

2. La especialización adquirida en centros españoles o extranjeros, militares o no, que figurará recogida en el historial militar del interesado, será valorada para el acceso a determinados destinos y constituirá mérito preferente para aquellos que se determine.

#### *Artículo 52. Cursos de Altos Estudios Militares*

El Ministro de Defensa regulará los aspectos básicos de los cursos de Altos Estudios Militares, su estabilidad y periodicidad, su obligatoriedad para ocupar determinados destinos y la correspondencia, a efectos internos, con otros cursos civiles o extranjeros.

#### *Artículo 53. Aprobación de los planes de estudios*

1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa y previo informe del

de Educación y Ciencia, determinará las directrices generales de los planes de estudios que deban cursarse para la obtención de las titulaciones correspondientes de la enseñanza militar de grados básico, medio y superior.

Al Ministro de Defensa le corresponde la aprobación de los planes de estudios del sistema de enseñanza militar y, en su caso, de las bases que regulen la convocatoria de los cursos.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa y de Educación y Ciencia, determinará los efectos académicos que pudieran corresponder a los estudios cursados en la enseñanza militar de grado básico.

La convalidación de estudios cursados en la enseñanza militar de grado medio y superior se regirá por lo dispuesto en la legislación vigente. Los estudios acreditados en el sistema educativo general podrán ser objeto de convalidación en la enseñanza militar según los términos que se prevean reglamentariamente.

*Artículo 54. Conciertos con centros del sistema educativo general*

Podrán establecerse conciertos con las Universidades públicas y los demás centros del sistema educativo general para impartir determinados cursos o enseñanzas.

## CAPITULO 5

### Régimen del Alumnado

*Artículo 55. Condición del alumno*

Los que ingresen en los centros docentes militares de formación serán nombrados alumnos y tendrán condición militar. Estarán sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, sin que estén vinculados por una relación de servicios de carácter profesional.

*Artículo 56. Régimen de los alumnos*

1. Los alumnos estarán sujetos al régimen de los centros docentes militares definido en este capítulo.

2. A los alumnos se les puede conceder, con carácter eventual y a efectos académicos, de prácticas y retributivos, los empleos de Alférez alumno, Guardiamarina y Sargento alumno.

3. Los alumnos que previamente tuvieran un empleo militar conservarán los derechos administrativos inherentes a éste, si bien estarán sometidos al régimen escolar. Al ingresar en los centros docentes militares pasarán a la situación de excedencia voluntaria en su Escala de origen. Al acceder a la nueva Escala causarán baja en aquella, manteniendo los derechos derivados del tiempo de servicios efectivos que tuvieran cumplido.

*Artículo 57. Régimen interior de los centros docentes militares de formación*

1. La regulación del régimen interior de los centros docentes militares de formación tendrán los siguientes objetivos:

a) Facilitar el desarrollo de los planes de estudios de tal forma que éstos se ajusten a los criterios señalados en el artículo 49.1 de esta Ley.

b) Combinar la adaptación del alumno al régimen de vida militar y a las características propias de las Fuerzas Armadas con su adecuada integración en la sociedad.

c) Fomentar el libre desarrollo de la personalidad y la propia iniciativa del alumno.

d) Integrar las relaciones de disciplina militar con las propias del proceso de formación entre profesor y alumno.

2. Los reglamentos disciplinarios específicos de los centros docentes militares de formación deberán adecuarse a lo regulado en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta que las sanciones se cumplirán

en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas. En ningún caso las sanciones por infracciones de carácter académico podrán suponer para el alumno privación o restricción de libertad.

#### *Artículo 58. Régimen de evaluaciones y calificaciones*

1. Los centros docentes militares de formación verificarán los conocimientos adquiridos por los alumnos, el desarrollo de su formación intelectual y su rendimiento y efectuarán las correspondientes evaluaciones y calificaciones de acuerdo con criterios objetivos.

Las evaluaciones y calificaciones sirven de base para orientar a los alumnos sobre su rendimiento escolar, medir su capacidad, determinar si superen las pruebas previstas en los planes de estudios y clasificarlos con objeto de determinar su orden de ingreso en el escalafón correspondiente, así como para verificar la eficacia de la enseñanza y proceder, en su caso a revisión de la misma. Cuando los alumnos no superen las pruebas, causarán baja en el centro de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente de esta Ley.

2. Se aplicarán sistemas de tipificación de calificaciones para integrar en una misma clasificación final, con criterios objetivos, a los que ingresen en la misma Escala procedentes de acceso directo o por promoción interna y a los que cursen distintas especialidades fundamentales.

#### *Artículo 59. Pérdida de la condición de alumno*

1. La baja de los alumnos de los centros docentes militares se podrá acordar por alguno de los siguientes motivos:

- a) A petición propia.
- b) Pérdida de aptitudes psicofísicas.
- c) No superación de las pruebas previstas en los planes de estudios dentro de los plazos establecidos.

#### d) Expediente disciplinario.

Por el Ministro de Defensa se determinarán los plazos para superar los planes de estudios dentro de cada curso o en el conjunto de todo el proceso de formación.

2. La resolución del expediente disciplinario que acuerde la baja podrá ser objeto de recurso contencioso disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central. En los demás supuestos del apartado anterior se estará a lo dispuesto en el artículo 112 de esta Ley.

3. Al causar baja, los alumnos perderán el empleo militar que hubieran podido alcanzar con carácter eventual y pasarán a la situación del servicio militar que les corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 100 de esta Ley.

#### *Artículo 60. Régimen de los concurrentes a cursos en los niveles de perfeccionamiento y de Altos Estudios Militares*

Los militares de carrera concurrentes a cursos en los niveles de perfeccionamiento y de Altos Estudios Militares, durante su asistencia a los mismos, permanecerán en situación de servicio activo. La convocatoria correspondiente regulará si conservan el destino de origen o causan baja en él. En este caso pasarán destinados al centro docente militar correspondiente o, si el curso fuera en ámbito ajeno al Ministerio de Defensa, al centro u organismo que se determine.

## CAPITULO 6

### **Profesorado**

#### *Artículo 61. Profesorado militar*

1. Los cuadros de profesores de los centros docentes militares estarán constituidos normalmente por militares de carrera vinculados, a través de libre designación o concurso, a materia o grupo de materias específicas. Podrán ser profesores los integrantes de cualquier Es-

cala, de acuerdo con los requisitos y titulación requeridos.

2. Para ejercer como profesor es preciso el reconocimiento previo de su competencia basada en la preparación, titulación, experiencia profesional y aptitud pedagógica.

3. La enseñanza de las Academias y de las Escuelas de especialidades fundamentales se imparte básicamente por profesores destinados en las mismas.

Las actividades de los demás centros de enseñanza militar se podrán desarrollar por militares de carrera en compatibilidad con su destino principal, salvo los puestos de los órganos de dirección y el cuadro básico de profesores, que estarán destinados en los centros. Todos ellos tendrán la consideración de profesor.

4. Los militares de carrera que ejercen funciones docentes en el nivel de Altos Estudios Militares podrán ser designados para desarrollar materias correspondientes a los planes de estudios de los centros docentes militares de formación.

5. El Ministro de Defensa fijará los requisitos generales del profesorado militar y las condiciones de su ejercicio.

#### *Artículo 62. Profesorado civil*

1. En todos los centros del sistema de enseñanza militar las materias correspondientes a las áreas de formación física, humana y técnica que requieran preparación especial y estabilidad en el ejercicio de la docencia podrán ser impartidas por profesorado civil debidamente titulado. Dicho personal será contratado, conforme a la legislación vigente, a tiempo completo o parcial y con una relación de servicios de carácter temporal o permanente.

2. Las materias citadas en el apartado anterior también se podrán impartir por profesores de las Universidades públicas y de los demás centros del sistema educativo general, de acuerdo con lo que se prevea en los conciertos a los

que se refiere el artículo 54 de la presente Ley.

## TITULO V

### Militares de carrera

#### CAPITULO I

#### **Adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera**

##### *Artículo 63. Adquisición de la condición de militar de carrera*

1. La condición de militar de carrera se adquiere al obtener el primer empleo militar, que será conferido por su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e ingresar en la Escala correspondiente.

2. Previamente a la adquisición de la condición de militar de carrera será requisito indispensable prestar juramento o promesa, ante la Bandera, de defender a España con lealtad al Rey y fidelidad a la Constitución. La fórmula se determina por ley.

3. El primer empleo militar se obtiene mediante la superación del plan de estudios del centro docente militar de formación correspondiente.

4. La calificación obtenida al concluir la enseñanza de formación determinará el orden de escalafón. Este sólo podrá alterarse por aplicación de los sistemas de ascenso, de la normativa sobre situaciones administrativas y de las leyes penales y disciplinarias.

##### *Artículo 64. Retiro*

1. La relación de servicios profesionales en la función militar cesa en virtud de retiro.

2. El retiro del militar de carrera se declarará de oficio al cumplir la edad de jubilación forzosa fijada con carácter general en la Administración Civil del Estado, o por aplicación de lo dispuesto

en los apartados 3 y 5 del artículo 103 de esta Ley.

3. Los militares de carrera retirados disfrutarán de los derechos pasivos determinados en la legislación de clases pasivas, mantendrán los asistenciales y de otro orden reconocidos en las leyes, podrán usar el uniforme en actos militares y sociales solemnes y dejarán de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

#### *Artículo 65. Pérdida de la condición de militar de carrera*

1. La condición de militar de carrera se perderá por alguna de las causas siguientes:

a) En virtud de renuncia, siempre que hubiere cumplido el tiempo de servicios efectivos que reglamentariamente se determine desde su acceso a dicha condición o desde que hubiese ultimado los cursos de perfeccionamiento o del nivel de Altos Estudios Militares que a estos efectos hayan sido fijados por el Ministro de Defensa. En ambos supuestos, el tiempo que se fije, que guardará una proporción adecuada a los costes y duración de los estudios realizados y tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa militar, no podrá ser superior a quince años.

b) Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 100.6 de esta Ley.

c) Pérdida de la nacionalidad española.

d) Pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial.

e) Sanción disciplinaria de separación del servicio.

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar, la condición de militar de carrera se perderá también por la ausencia del destino sin causa justificada por un período superior a seis meses.

3. La pérdida de la condición de

militar de carrera no impedirá la aplicación, en su caso, de las normas sobre movilización.

## CAPITULO 2

### Historiales militares

#### *Artículo 66. Historiales militares*

1. Las vicisitudes profesionales de los militares de carrera quedarán reflejadas en su historial individual, que constará de los siguientes documentos:

- a) Hoja de servicios.
- b) Colección de informes personales.
- c) Expediente académico.
- d) Expediente de aptitud psicofísica.

2. En los historiales no figurará ningún dato relativo a origen, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que pudiera constituir causa de discriminación.

3. El Ministro de Defensa establecerá los modelos normalizados de los documentos que componen el historial militar y dictará las normas para su elaboración, custodia y utilización.

#### *Artículo 67. Hojas de servicios*

La hoja de servicios es el documento objetivo en el que se exponen los hechos y circunstancias de la carrera de cada militar desde su ingreso en las Fuerzas Armadas. Incluye los destinos, la descripción de los hechos notables y actos meritorios, las recompensas y felicitaciones personales o colectivas, así como los delitos o faltas y las penas o sanciones correspondientes no canceladas.

#### *Artículo 68. Informes personales*

1. El informe personal es la calificación realizada por los jefes directos de los interesados de unos conceptos predeterminados que permitan apreciar las

cualidades, méritos y aptitudes del militar de carrera, así como su competencia y forma de actuación profesional.

2. El calificador es el único responsable de los informes rendidos. Sin dar a conocer el contenido de su informe, podrá orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional y deberá hacerlo si su calificación es negativa.

Los informes serán elevados a través del superior jerárquico del calificador, el cual deberá anotar, motivándolas, sus posibles discrepancias y cuantas observaciones considere convenientes para establecer la valoración objetiva de las calificaciones efectuadas por los informantes que tenga a sus órdenes.

3. El Ministro de Defensa determinará con carácter general el sistema de informes personales, que será común para todos los militares de carrera. Los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire podrán proponer las condiciones específicas para cada Cuerpo o Escala de su respectivo Ejército.

4. En la colección de informes personales se incluirán los señalados en los apartados anteriores y cuantos otros sean utilizados en las evaluaciones reguladas en el capítulo 5 de este título.

#### *Artículo 69. Expedientes académicos*

El expediente académico de los militares de carrera consta de las calificaciones académicas, certificaciones y acreditaciones de los títulos obtenidos y estudios realizados en los centros docentes militares, así como las correspondientes a títulos o estudios civiles.

#### *Artículo 70. Expedientes de aptitud psicofísica*

En los expedientes de aptitud psicofísica figurarán los resultados de los reconocimientos médicos y pruebas fisi-

cas que se realicen con periodicidad variable según la edad y las circunstancias personales o en cualquier momento a iniciativa fundamentada del propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo.

#### *Artículo 71. Registro de personal*

1. En el Ministerio de Defensa existirá un registro de personal en el que estarán inscritos todos los militares de carrera y en el que se anotarán los datos de trascendencia administrativa del historial militar.

2. El Ministro de Defensa establecerá las normas generales reguladoras del registro de personal y de su funcionamiento.

### CAPITULO 3

#### Provisión de destinos

#### *Artículo 72. Destinos del militar de carrera*

1. El militar de carrera podrá ocupar destinos en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa y, en el caso de que se trate de puestos orgánicos relacionados específicamente con la defensa, en la Presidencia del Gobierno o en otros Departamentos ministeriales. También tendrá consideración de destino la participación del militar de carrera en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales.

2. En las plantillas orgánicas de los Ejércitos se determinará la asignación de los diferentes destinos, según sus características, a un Cuerpo, Escala, especialidad fundamental, en su caso, y empleo determinados o indistintamente a varios de ellos.

#### *Artículo 73. Clasificación de los destinos*

1. Los destinos, según su forma de asignación, son de libre designación, de

concurso de méritos y de provisión por antigüedad. La asignación se hará entre los militares de carrera que cumplan los requisitos exigidos para el puesto.

2. Son destinos de libre designación aquellos para los que se precisan condiciones personales de idoneidad que valora la autoridad facultada para concederlos.

3. Son destinos de concurso de méritos aquellos que se asignan evaluando los méritos que se posean en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

4. Son destinos de provisión por antigüedad los que se asignan por el orden de escalafón de los interesados que cumplan los requisitos exigidos para el puesto.

#### *Artículo 74. Normas sobre provisión de destinos*

1. Los destinos correspondientes a los empleos de la categoría de Oficiales Generales serán de libre designación. Los de Coronel podrán ser de libre designación o de concurso de méritos y los de los demás empleos podrán ser de libre designación, concurso de méritos o provisión por antigüedad.

2. Las vacantes de destinos se publicarán en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» haciendo constar la denominación del puesto si la tuviera, sus características, la forma de asignación, los requisitos que se exijan para su ocupación y los plazos para la presentación de solicitudes. Los destinos que deban cubrirse mediante el procedimiento de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa de la vacante correspondiente.

Entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales, que serán acreditadas en función de los expedientes regulados en el capítulo anterior. Dichos requisitos, así como las limitaciones para ocupar determinados destinos de quien sea declarado con carácter

definitivo no apto para el ascenso serán fijados por el Ministro de Defensa.

3. Las normas generales de clasificación y provisión de destinos, que serán determinadas por el Ministro de Defensa, incluirán el tiempo mínimo y, en su caso, máximo de permanencia en los destinos y los procedimientos de asignación en ausencia de peticionarios, atendiendo a las características de la vacante y a los historiales militares de los que puedan ser destinados.

4. Los miembros militares de la Casa de su Majestad el Rey serán nombrados y relevados conforme a lo previsto en el artículo 65.2 de la Constitución.

5. Las normas de provisión de destinos podrán establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas.

Durante el período de embarazo se podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico distinto del que estuviere desempeñando. En los supuestos de parto o de adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos, de la madre o del padre, en su caso, conforme a la legislación vigente para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida de destino.

#### *Artículo 75. Nombramientos*

Los nombramientos y ceses de los cargos correspondientes a los empleos de Teniente General y General de División que por Acuerdo de Consejo de Ministros se determinen, se efectuarán por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Defensa.

#### *Artículo 76. Asignación de destinos*

La asignación de los destinos de libre designación corresponde al Ministro de Defensa y los de concurso de méritos y de provisión por antigüedad corresponde a los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos en el suyo res-

pectivo y al Subsecretario de Defensa en los demás casos.

#### *Artículo 77. Cese en los destinos*

1. Las normas generales de provisión de destinos incluirán los motivos de cese en los mismos. En todo caso, los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por el Ministro de Defensa.

2. La facultad de cesar en su destino a un militar de carrera cuando aquél haya sido asignado por concurso de méritos o por antigüedad, corresponde al Subsecretario de Defensa o a los Jefes de los Estados Mayores en el ámbito de las competencias señaladas en el artículo anterior. El cese requerirá la audiencia previa del interesado, cuyas manifestaciones constarán por escrito.

3. Todo jefe de unidad, centro u organismo podrá proponer el cese en el destino de cualquier subordinado por falta de idoneidad en el ejercicio de los cometidos propios de su destino, elevando por conducto reglamentario a la autoridad que lo confirió informe razonado de las causas que motivan la propuesta de cese. Este se producirá de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior.

#### *Artículo 78. Asignación de destinos y ceses por necesidades del servicio*

El Ministro de Defensa, en los supuestos establecidos en los dos artículos anteriores, podrá destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación cuando las necesidades del servicio lo aconsejen.

#### *Artículo 79. Carácter de los destinos*

Los destinos de plantilla previstos específicamente para un empleo militar no podrán ser asignados a personal con empleos superiores ni inferiores a no ser, en este último caso, que su designación se efectúe en plaza de superior categoría. Los destinos, de acuerdo con

lo dispuesto reglamentariamente, se podrán desempeñar con carácter interino o accidental.

#### *Artículo 80. Comisiones de servicio*

1. En casos excepcionales y conservando el destino que tuvieran, los militares de carrera podrán ser autorizados a desempeñar comisiones de servicio de carácter temporal.

2. Los militares de carrera no podrán ser agregados a otra unidad, centro u organismo distintos de los de su destino ni desde la situación de disponible.

### CAPITULO 4

#### **Ascensos**

#### *Artículo 81. Régimen de ascensos*

1. Los ascensos de los militares de carrera se producirán al empleo inmediato superior, con ocasión de vacante en la Escala correspondiente y siempre que se reúnan las condiciones establecidas en esta Ley.

2. Con carácter extraordinario y en atención a méritos excepcionales el Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, podrá conceder ascensos con carácter honorífico al militar de carrera que haya cesado, definitivamente, en la situación de servicio activo. Los ascensos honoríficos también se podrán conceder a título póstumo.

En ningún caso los ascensos honoríficos llevarán consigo beneficio económico de naturaleza alguna ni facultarán para ejercer los cometidos correspondientes al nuevo empleo.

3. No se otorgarán avances en el orden de escalafón o ascensos como recompensa. Los ascensos por méritos de guerra se regularán por Ley.

#### *Artículo 82. Sistemas de ascenso*

1. Los sistemas de ascenso son los siguientes:

- a) Antigüedad.

b) Selección.

c) Elección.

2. Los ascensos en el sistema de antigüedad se producen según el orden de escalafón.

3. En el sistema por selección un porcentaje de los ascensos se produce por orden de clasificación y el resto por orden de escalafón. El orden de clasificación es el obtenido como consecuencia de las evaluaciones reguladas en el artículo 92.2 de esta Ley.

El número de vacantes para el ascenso a cubrir por orden de clasificación en cada Escala y empleo, que estará comprendido entre un 10 y un 50 por 100 de las previstas para el ciclo de evaluación, se fijará por el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

4. El ascenso por elección se concede entre los militares de carrera del empleo inmediato inferior de acuerdo con sus méritos y aptitudes.

#### *Artículo 83. Ascenso a los diferentes empleos*

1. Se efectuarán por el sistema de antigüedad los ascensos a los empleos de Comandante y Capitán de las Escalas superiores, a los de Capitán y Teniente de las Escalas medias y a los de Brigada y Sargento primero de las Escalas básicas.

2. Se efectuarán por el sistema de selección los ascensos a los empleos de Coronel y Teniente Coronel de las Escalas superiores, al de Comandante de las Escalas medias y al de Subteniente de las Escalas básicas.

3. Se efectuarán por el sistema de elección los ascensos a los empleos de la categoría de Oficiales Generales, al de Teniente Coronel de las Escalas medias y al de Suboficial Mayor de las Escalas básicas.

#### *Artículo 84. Condiciones para el ascenso*

1. Para el ascenso a cualquier em-

pleo militar es preceptivo tener cumplido el tiempo de servicios efectivos en el empleo y el tiempo de mando o de desempeño de determinadas funciones propias de cada Escala o empleo, que reglamentariamente se determinen. A estos efectos se entiende como tiempo de servicios efectivos el transcurrido en los destinos citados en el artículo 72 de esta Ley y en la situaciones administrativas reguladas en el capítulo 6 de este título en que así se especifica.

2. Para el ascenso a los empleos de General de Brigada y de Comandante de las Escalas superiores, Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas es preceptivo, además, haber realizado cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior. Para asistir a los correspondientes a General de Brigada, a Teniente Coronel de las Escalas medias y a Suboficial Mayor de las Escalas básicas serán seleccionados un número limitado de concurrentes mediante los sistemas de evaluación regulados en el capítulo 5 de este título. La convocatoria de los cursos correspondientes al ascenso a Comandante de las Escalas superiores tendrán carácter general.

3. Para el ascenso a un empleo militar es condición indispensable haber sido evaluado de la forma regulada en el capítulo 5 de este título, con excepción de los ascensos a los empleos de Teniente General y General de División.

#### *Artículo 85. Vacantes para el ascenso*

1. Se darán al ascenso las vacantes que se produzcan en los distintos empleos de cada Escala por alguno de los siguientes motivos:

a) Ascenso.

b) Ingreso en otra Escala militar.

c) Pase a las situaciones de servicios especiales, de excedencia voluntaria y de suspenso de empleo.

d) Pase a la situación de reserva, o

a retirado en el caso de que se haga directamente.

e) Pérdida de la condición de militar de carrera.

f) Fallecimiento.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, la decisión de dar al ascenso las vacantes que se produzcan en los empleos de Oficial General y al Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, la de dar al ascenso las de Teniente Coronel de las Escalas medias y las de Suboficial Mayor de las básicas.

#### *Artículo 86. Concesión de los ascensos*

1. Los ascensos a los empleos de Oficial General se confieren por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa, quien para efectuarla valorará las evaluaciones reguladas en el capítulo 5 de este título y el informe del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

2. La concesión de los ascensos a los empleos del Teniente Coronel de las Escalas medias y de Suboficial Mayor de las Escalas básicas es competencia del Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, quien para efectuarla valorará las evaluaciones reguladas en el capítulo 5 de este título y el informe del Consejo Superior respectivo.

3. Los ascensos en el sistema de selección serán concedidos por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. Se producirán siguiendo el orden de clasificación hasta completar el número de vacantes al que se refiere el artículo 82.3 de esta Ley. Los demás ascensos se producirán a continuación, siguiendo el orden de escalafón.

4. Los ascensos por el sistema de antigüedad son otorgados por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. Se producirán siguiendo el orden de escalafón.

#### *Artículo 87. Declaración de no aptitud para el ascenso*

La declaración de no aptitud para el ascenso del militar de carrera es competencia del Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. La propuesta se basará en las evaluaciones reguladas en el capítulo 5 de este título. Quienes sean declarados no aptos para el ascenso no podrán ascender hasta que sean nuevamente evaluados.

Si como consecuencia de la nueva evaluación también se produce la propuesta de no aptitud, el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente propondrá al Ministro de Defensa la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso. Los que sean declarados con carácter definitivo no aptos para el ascenso permanecerán en su empleo hasta su pase a la situación de reserva y no podrán ser designados para realizar cursos que no sean de aplicación específica en su empleo.

### CAPITULO 5

#### **Evaluaciones y clasificaciones**

#### *Artículo 88. Evaluaciones y clasificaciones*

1. Los militares de carrera serán evaluados para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior o su acomodación a distintos cometidos.

2. Las evaluaciones para el ascenso tienen por objeto determinar la aptitud o la no aptitud para el ascenso en los sistemas de selección y antigüedad y las condiciones de prelación e idoneidad en los sistemas de elección y selección. En estos sistemas dichas evaluaciones darán origen a las correspondientes clasificaciones, que determinarán la ordenación de los evaluados.

3. También se efectuarán evaluaciones cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84.2 de esta Ley, haya que seleccionar un número limita-

do de concurrentes para asistir a cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior.

4. Las evaluaciones para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación tienen por objeto determinar la idoneidad de los interesados para desempeñar los mismos y, en su caso, la correspondiente clasificación.

5. Las evaluaciones para comprobar si existe insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas tienen por objeto determinar la aptitud para el servicio del interesado y, en su caso, su pase a la situación de reserva definida en el capítulo 6 de este título.

#### *Artículo 89. Normas generales*

1. Toda evaluación estará basada en el análisis de las circunstancias de cada interesado en los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional relacionados con el objeto de la evaluación.

2. Cada evaluación se basará en:

a) El historial militar.

b) La información complementaria aportada por el interesado sobre su actuación profesional que pueda no estar reflejada en su historia militar y merezca ser tenida en consideración.

c) Evaluaciones anteriores.

d) Las certificaciones a que se refiere el artículo 58 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

e) Cualquier otro informe que se estime necesario.

3. Las evaluaciones para el ascenso se realizarán periódicamente y afectarán a los militares de carrera que se encuentren en las zonas de escalafón que se determinan en este capítulo. Surtirán efecto durante un ciclo de evaluación, a no ser que sobreviniere alguna circunstancia debidamente probada que aconsejara valorar de nuevo al afectado.

La duración normal de los ciclos de evaluación será de un año. El Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá modificar dicha duración con objeto de que puedan ascender en cada ciclo grupos homogéneos por promociones de ingreso en el respectivo escalafón.

Las demás evaluaciones se realizarán en el momento que sean necesarias para cumplimentar el objeto de las mismas.

4. Las evaluaciones de tipo profesional, y consiguientes clasificaciones, que afecten a la mujer harán abstracción de lo dispuesto en el artículo 74.5 de esta Ley, con el fin de garantizar iguales posibilidades de progresión que las de los hombres de la misma Escala.

#### *Artículo 90. Organos de evaluación*

1. Las evaluaciones para el ascenso al empleo de General de Brigada o que afecten a Oficiales Generales las efectuará el Consejo Superior del Ejército correspondiente. En los demás casos corresponderá a Juntas de evaluación.

2. Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación. En todo caso estarán constituidos por personal militar de mayor empleo o antigüedad que los evaluados.

3. El Ministro de Defensa determinará con carácter general los méritos y aptitudes que deben considerar los órganos de evaluación de acuerdo con la finalidad de la misma, así como las normas objetivas de valoración. A dichas normas objetivas, que contendrán los coeficientes de valoración de los diferentes destinos, especialidades y títulos, se les dará la debida publicidad.

#### *Artículo 91. Evaluaciones para el ascenso por elección*

1. Serán evaluados para el ascenso por elección a los empleos de General

de Brigada, de Teniente Coronel de las Escalas medias y de Suboficial Mayor de las Escalas básicas todos los del empleo inmediato inferior que reúnan o puedan reunir, durante el ciclo de evaluación, las condiciones establecidas en el artículo 84 de esta Ley.

2. El Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá limitar el número de los evaluados a una cifra que, como mínimo, sea tres veces la de las vacantes previstas para el ciclo. Asimismo determinará el número máximo de ciclos en que se puede ser evaluado para el ascenso por elección.

3. La evaluación especificará, motivándolas, las condiciones de prelación e idoneidad para el desempeño del empleo superior de todos los evaluados y, en consecuencia, el orden de clasificación. En el caso de ascenso a general de brigada será realizada por el Consejo Superior del Ejército correspondiente y elevada al Ministro de Defensa por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo, quien añadirá su propio informe. En los ascensos a teniente coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor en las Escalas básicas será realizada por Juntas de evaluación y, una vez informada por el Consejo Superior correspondiente, elevada al Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo.

#### *Artículo 92. Evaluaciones para el ascenso por selección y antigüedad*

1. Serán evaluados para el ascenso en los sistemas de selección y antigüedad quienes reúnan las condiciones establecidas en el artículo 84 de esta Ley y se encuentren en la zona de escalafón de cada empleo y Escala determinada por el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. En el caso de los ascensos por selección, la relación entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas para el mismo deberá ser entre uno y tres. En los ascensos por antigüedad el número de

evaluados será aquel que permita cubrir las vacantes previstas para el ciclo.

2. La evaluación especificará, motivándolas, la aptitud o no aptitud para el ascenso y, cuando se trate de ascensos por selección, las condiciones de prelación e idoneidad para el desempeño del empleo superior que determinarán, en consecuencia, la ordenación de los evaluados. Una vez informada por el Consejo Superior correspondiente, será elevada al Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo quien, teniendo en cuenta además su propia valoración, presentará al Ministro de Defensa la propuesta de clasificación para el ascenso por selección y las propuestas individualizadas de no aptitud para el ascenso.

Corresponde al Ministro de Defensa aprobar con carácter definitivo el orden de clasificación para el ascenso por selección y la declaración de no aptitud en los sistemas de antigüedad y selección. La declaración de aptitud en el sistema de antigüedad se efectuará directamente por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo.

#### *Artículo 93. Evaluaciones para asistencia a determinados cursos de capacitación*

Existirán evaluaciones para determinar quiénes deben ser seleccionados para asistir a los cursos de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría de oficiales generales y de los empleos de teniente coronel de las Escalas medias y suboficial mayor de las Escalas básicas en el número que sea fijado previamente por el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. La relación de los propuestos se presentará, siguiendo la tramitación descrita en el artículo anterior, al Ministro de Defensa y éste aprobará con carácter definitivo quiénes deben asistir a los citados cursos de capacitación.

Las mencionadas evaluaciones serán efectuadas por Juntas nombradas expresamente o por las encargadas de

efectuar las evaluaciones para el ascenso a los empleos de coronel de las Escalas superiores, comandante de las Escalas medias y subteniente de las Escalas básicas, respectivamente.

*Artículo 94. Evaluaciones para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales a efectos de pase a la situación de reserva*

La declaración definitiva de no aptitud para el ascenso de un militar de carrera determinará que por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente se ordene la iniciación de un expediente para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales a efectos de pase a la situación de reserva.

Con tal finalidad se constituirá una Junta de evaluación específica cuyas conclusiones serán elevadas al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, el cual, previo informe del Consejo Superior respectivo, presentará al Ministro de Defensa la propuesta de resolución que proceda.

*Artículo 95. Evaluaciones para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas a efectos de pase a la situación de reserva*

1. Como consecuencia de los reconocimientos médicos o de las pruebas físicas a las que se hace referencia en el artículo 70 de la presente Ley, se podrá iniciar expediente de declaración de no aptitud para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas, que será apreciada por los tribunales competentes y podrá dar lugar al pase a la situación de reserva o a una limitación para ocupar determinados destinos. El expediente será elevado al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, el cual propondrá al Ministro de Defensa la resolución que proceda.

2. Reglamentariamente se determinarán los cuadros de insuficiencia de condiciones psicofísicas que puedan dar

lugar al pase a la situación de reserva.

## CAPITULO 6

### Situaciones Administrativas

*Artículo 96. Situaciones administrativas*

Las situaciones administrativas de los militares de carrera son las siguientes:

- a) Servicio activo
- b) Disponible
- c) Servicios especiales
- d) Excedencia voluntaria
- e) Suspenso de empleo
- f) Suspenso de funciones
- g) Reserva

*Artículo 97. Situación de servicio activo*

1. El militar de carrera estará en situación de servicio activo cuando ocupe los destinos a que se refiere el artículo 72 de esta ley. Reglamentariamente se determinará el tiempo que podrán permanecer en esta situación los prisioneros y desaparecidos.

2. Cuando un militar de carrera, como consecuencia de lesión o enfermedad, carezca temporalmente de condiciones psicofísicas de aptitud para el servicio, podrá permanecer en la situación de servicio activo por un período máximo de dos años. De continuar la incapacidad, se iniciará el expediente que se determina en el artículo 95 de esta Ley.

*Artículo 98. Situación de disponible*

1. El militar de carrera estará en situación de disponible cuando esté pendiente de ocupar destino por haber cesado en el que desempeñaba o por proceder de una situación distinta de la de servicio activo.

2. El tiempo permanecido en esta situación será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y, por un período máximo de seis meses, como tiempo de servicios efectivos.

### *Artículo 99. Situación de servicios especiales*

1. Los militares de carrera pasarán a la situación de servicios especiales:

a) Cuando sean autorizados para realizar una misión, por período superior a seis meses, en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.

b) Cuando sean elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los Organos Constitucionales u otros cuya elección corresponda a las Cámaras.

c) Cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo.

d) Cuando presten servicios en la Presidencia del Gobierno o en los Gabinetes de Ministros y Secretarios de Estado en puesto orgánicos no relacionados específicamente con la defensa.

e) Cuando preste servicios en organismos, entidades o empresas del sector público, en el caso de que dichos servicios sean calificados por el Ministro de Defensa de interés para la defensa.

2. El tiempo permanecido en la situación de servicios especiales será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y como tiempo de servicios efectivos.

3. El militar de carrera durante el tiempo que permanezca en esta situación como consecuencia de los supuestos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, 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.

### *Artículo 100. Situación de excedencia voluntaria*

1. Los militares de carrera pasarán a la situación de excedencia voluntaria:

a) Cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas o de Justicia o pasen a prestar servicios en organismos, entidades o empresas del sector público.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los militares de carrera no podrán pasar a la situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas o de Justicia ni a prestar servicios en organismos, entidades o empresas del sector público optando por la situación de excedencia voluntaria en su Escala militar, en tanto no hayan cumplido el tiempo de servicios efectivos que reglamentariamente se determine desde su acceso a la condición de militar de carrera o desde que hubiesen ultimado los cursos de perfeccionamiento o del nivel de Altos Estudios Militares que a estos efectos hayan sido fijados por el Ministro de Defensa. En ambos supuestos el tiempo que se fije, que guardará una proporción adecuada a los costes y duración de los estudios realizados y tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa militar, no podrá ser superior a quince años.

b) Cuando sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

c) Cuando sean nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos.

d) Cuando lo soliciten por interés particular, siempre que hubieren cumplido el tiempo de servicios efectivos que reglamentariamente se determine desde su acceso a la condición de militar de carrera o desde que hubiesen ultimado los cursos de perfeccionamiento o del nivel de Altos Estudios Militares que a estos efectos hayan sido fijados por el Ministro de Defensa. En ambos supuestos el tiempo que se fije, que guardará una proporción adecuada a los costes y duración de los estudios realizados y tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa militar, no podrá ser superior a quince años.

2. También pasarán a la situación de excedencia voluntaria en su Escala de origen los militares de carrera que

ingresen como alumnos de los centros docentes militares de formación para acceder a otra Escala. Caso de causar baja en el centro antes de ingresar en dicha Escala se reincorporarán a la de origen.

3. Los militares de carrera tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuanto lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha del nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.

4. Los militares de carrera a los que se refiere el párrafo b) del apartado 1 de este artículo, si no resultasen elegidos, permanecerán en la situación de excedencia voluntaria por un período de dos años, a contar desde el momento de la concesión del pase a dicha situación. Si resultaran elegidos continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación de su mandato.

5. Los militares de carrera a los que se refiere el párrafo c) del apartado 1 de este artículo continuarán en la situación de excedencia voluntaria hasta dos años después de su cese en los cargos citados en dicho párrafo.

6. En la situación de excedencia voluntaria no se podrá permanecer menos de dos años, salvo por aplicación del régimen de incompatibilidades o, en su caso, en los supuestos de los apartados 2 y 3 de este artículo, ni más de diez en períodos consecutivos o alternos. Antes de transcurrir este último plazo, el interesado deberá solicitar el cese en esta situación. Si así no lo hiciera perderá su condición de militar de carrera.

7. Transcurrido los dos primeros años en la situación de excedencia voluntaria permanecerá en su Escala y empleo en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la in-

movilización, pero la pérdida de puesto será definitiva. Si se le concediese esta situación por segunda o sucesivas veces, quedará inmovilizado en el puesto que tuviere en su Escala y empleo en el momento de la concesión.

La inmovilización en el escalafón y las demás consecuencias reguladas en el párrafo anterior no se aplicarán en los supuestos de los apartados 2 y 3 de este artículo.

8. Al militar de carrera en situación de excedencia voluntaria no le será computable el tiempo permanecido en ella a efectos de trienios y derechos pasivos ni como tiempo de servicios efectivos, salvo en el caso del apartado 2 de este artículo y durante el primer año de duración de cada período de excedencia del supuestos contenido en el apartado 3.

9. El militar de carrera que pase a esta situación por los supuestos regulados en el apartado 1 de este artículo 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.

#### *Artículo 101. Situación de suspenso de empleo*

1. El militar de carrera pasará a la situación de suspenso de empleo cuando proceda como consecuencia de la ejecución de sentencia firme o sanción disciplinaria.

2. El suspenso de empleo quedará privado temporalmente del ejercicio de sus funciones, cesará en su destino, permanecerá en su Escala y empleo en el puesto que ocupe en su escalafón y no será evaluado para el ascenso.

3. El tiempo transcurrido en esta situación no será computable a efectos de trienios y derechos pasivos ni como tiempo de servicios efectivos. Al cesar en esta situación finalizará la inmovilización en el escalafón, pero la pérdida de puestos será definitiva.

### *Artículo 102. Situación de suspenso de funciones*

1. La situación de suspenso de funciones se podrá acordar como consecuencia de la tramitación de procedimiento judicial que se instruya al militar de carrera o por la incoación de un expediente gubernativo.

2. El Ministro de Defensa, valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera el régimen de las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones y el cese en su destino del militar inculcado, el cual permanecerá inmovilizado en su Escala y empleo en el puesto que ocupe en el escalafón. De igual forma actuará en relación con el militar al que le sea incoado un expediente gubernativo.

El tiempo transcurrido en esta situación sólo será computable a efectos de trienios y derechos pasivos. En caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, será repuesto en su destino si a su derecho conviniere, recuperará su situación en el escalafón, incluido el ascenso que hubiera podido corresponderle, y el tiempo transcurrido le será computable como tiempo de servicios efectivos.

3. La suspensión de funciones acordada por las Autoridades con potestad disciplinaria según lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no tendrá más efectos que el cese del militar inculcado en el ejercicio de sus funciones por un período máximo de tres meses.

### *Artículo 103. Situación de reserva*

1. El militar de carrera pasará a la situación de reserva en cualquiera de los siguientes casos:

a) Al cumplir cuatro años de permanencia en los empleos de General de Brigada o de General de División, siete años entre ambos empleos, diez años entre los de anteriores y el de Teniente General y seis años en los de Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las básicas.

b) Con excepción de los empleos de la categoría de Oficial General, durante los doce meses siguientes a la fecha de haber cumplido 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. A estos efectos, cada promoción se dividirá en cuatro grupos iguales, de mayor a menor edad, acumulándose, en su caso, el resto al último grupo, y los incluidos en cada grupo pasarán a la situación de reserva el último día de cada uno de los trimestres del año a partir de haber cumplido los citados treinta y dos años.

c) 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.

d) Al ser declarado no apto para el servicio por insuficiencia de facultades profesionales apreciada como consecuencia de la evaluación regulada en el artículo 94 de esta Ley.

e) Al ser declarado no apto para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas apreciada como consecuencia de la evaluación regulada en el artículo 95 de esta Ley.

f) A petición propia, una vez cumplidos veinticinco años de tiempo de servicios efectivos desde la adquisición de la condición de militar de carrera.

El Ministro de Defensa fijará periódicamente, para los distintos empleos y Escalas, el número máximo que se autoriza para el pase a petición propia a la situación de reserva.

2. En todo caso, también se pasará a la situación de reserva al cumplir las edades que se señalan a continuación:

a) En las Escalas superiores de los

Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina:

Teniente General, sesenta y cuatro años

General de División, sesenta y dos años

General de Brigada, sesenta años

Restantes empleos, cincuenta y ocho años

b) En las Escalas superiores de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas:

General de Brigada, sesenta y tres años.

Coroneles, sesenta y un años.

Restantes empleos, cincuenta y nueve años.

Los Generales de División pasarán directamente al retiro al cumplir la edad de la que se hace referencia en el artículo 64.2 de esta Ley.

c) En las Escalas medias y básicas de todos los Cuerpos:

Tenientes Coroneles y Suboficiales Mayores, cincuenta y ocho años.

Restantes empleos, cincuenta y seis años.

3. Por decisión del Gobierno, los Oficiales Generales también podrán pasar a la situación de reserva mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa.

Los Oficiales Generales podrán pasar a retiro, a petición propia, siempre que tengan cumplidos treinta años de servicios efectivos desde la adquisición de la condición de militar de carrera.

4. El pase a la situación de reserva se producirá por resolución del Ministro de Defensa, salvo en el supuesto previsto en el apartado anterior, y producirá el cese automático en los destinos o cargo que se ocupen.

5. El personal militar que al corresponderle pasar a la situación de reserva por cualquiera de las causas citadas en este artículo no cuente con veinte años de servicios efectivos desde la adquisición de la condición de militar de carrera, pasará directamente a retirado.

6. En situación de reserva el militar de carrera no podrá ascender, excepto con carácter honorífico, ni ocupar los destinos a que se refiere el artículo 72 de esta Ley salvo que por el Ministro de Defensa, atendiendo a las necesidades del servicio y teniendo en cuenta su historial militar, se le destine a determinados puestos orgánicos del Ministerio de Defensa.

7. El militar en situación de reserva solamente podrá pasar a la de servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo y suspenso de funciones. Al cesar en las mismas se reintegrará a la de reserva.

8. Las retribuciones del personal en la situación de reserva se determinarán en las normas que regulen el sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas. Cuando se pase a la situación de reserva por las causas señaladas en los párrafos a) y b) del apartado 1 de este artículo, se conservarán las retribuciones del personal en servicio activo hasta cumplir las edades determinadas, según Cuerpo y empleo, en el apartado 2. En todos los casos se estará sometido al régimen general de incompatibilidades.

9. El tiempo transcurrido en la situación de reserva será computable a efectos de trienios y derechos pasivos.

10. El Gobierno podrá ordenar en caso de movilización la incorporación de todo o parte del personal que se encuentre en la situación de reserva. Desde su incorporación y hasta que se produzca la desmovilización, los militares de carrera que sean movilizados estarán sometidos al régimen establecido en esta Ley.

## TITULO VI

### Militares de empleo

#### *Artículo 104. Militares de empleo*

1. Los militares de empleo, que prestan servicio con una relación de carácter profesional no permanente, complementan los cuadros de mando de las Fuerzas Armadas y constituyen los

efectivos profesionales de tropa y marinería de los Ejércitos. Se estructuran en dos categorías: de oficial y de tropa y marinería profesionales.

2. Corresponde al Gobierno determinar los Cuerpos, Escalas y especialidades de militares de carrera que se pueden complementar con militares de empleo de la categoría de oficial; las especialidades necesarias en la categoría de tropa y marinería profesionales y la provisión anual de plazas para el acceso a ambas categorías teniendo en cuenta las previsiones de planeamiento de la defensa militar y los créditos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

#### *Artículo 105. Compromisos*

1. La relación de servicios de los militares de empleo se establecerá mediante compromisos por períodos de tiempo limitados. Dichos compromisos podrán ser prorrogados de la forma que se especifique reglamentariamente, sin rebasar en ningún caso ocho años de servicio en las Fuerzas Armadas; a estos efectos no se computará el tiempo correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio.

2. A la finalización o rescisión de su compromiso pasarán a la situación de reserva del servicio militar.

3. Para que los militares de empleo establezcan una relación de servicios de carácter profesional permanente deberán acceder a la enseñanza militar de formación según lo previsto en el título IV de esta Ley y adquirir la condición de militar de carrera según se indica en el artículo 63 de la presente Ley.

#### *Artículo 106. Militares de empleo de la categoría de oficial*

Las plazas existentes para el acceso a militar de empleo de la categoría de oficial se anunciarán mediante convocatoria pública y serán cubiertas, de acuerdo con el artículo 44 de esta Ley, a través del sistema de concurso-oposi-

ción entre los que hayan cumplido el servicio militar en la forma de servicio para la formación de cuadros de mando adscritos al Cuerpo y Escala correspondientes o a través del sistema de oposición libre. En este caso, los períodos de formación y prácticas serán computados como tiempo de servicio militar.

#### *Artículo 107. Militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales*

Las plazas existentes para el acceso a militar de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales se anunciarán mediante convocatoria pública y serán cubiertas, de acuerdo con el artículo 44 de esta Ley, a través del sistema de concurso-oposición entre los voluntarios especiales que lo soliciten durante el tercer año de su servicio.

#### *Artículo 108. Empleos*

Los militares de empleo de la categoría de oficial tendrán los empleos de Teniente y Alférez y los de la categoría de tropa y marinería profesionales los de Cabo primero, Cabo y Soldado.

#### *Artículo 109. Historiales militares, provisión de destinos y evaluaciones*

El Ministro de Defensa determinará los documentos que deben constituir el historial de los militares de empleo y las normas de provisión de destinos, adaptando lo previsto en los capítulos 2 y 3 del título V de esta Ley a las características de sus compromisos. Determinará igualmente los procedimientos de evaluación de los militares de empleo, basados en los regulados en el capítulo 5 del expresado título y orientados a valorar sus condiciones de idoneidad para el ascenso, a informar sobre la prórroga de sus compromisos y, en su caso, la resolución de los mismos, así como a aportar la información necesaria de los que se presenten a las convocatorias de acceso por promoción in-

terna reguladas en el artículo 47 de esta Ley.

#### *Artículo 110. Situaciones administrativas*

El militar de empleo podrá encontrarse en las situaciones administrativas de servicio activo, disponible, suspenso de empleo y suspenso de funciones reguladas en el capítulo 6 del título V de esta Ley, así como en la de excedencia voluntaria en los supuestos contenidos en los apartados 2 y 3 del artículo 100 de esta Ley.

#### *Artículo 111. Resolución del compromiso*

1. El compromiso contraído por los militares de empleos se resolverá como consecuencia de condena por delito doloso y se podrá resolver como consecuencia de delito culposo o sanción disciplinaria por falta grave, así como por pérdida de condiciones psicofísicas.

2. Para la resolución del compromiso se requerirá la incoación del oportuno expediente con audiencia del interesado.

3. También se resolverá el compromiso a petición del interesado por los motivos y con las condiciones que reglamentariamente se determinen.

4. La resolución del compromiso será competencia del Ministro de Defensa.

### TITULO VII

#### Recursos

#### *Artículo 112. Recursos*

Contra las decisiones en materia de destinos, ascensos, evaluaciones y situaciones administrativas, los militares de carrera y de empleo podrán interponer ante el Ministro de Defensa recurso de alzada o de reposición, según proceda, y cuya resolución pondrá fin a la

vía administrativa, previa al recurso contencioso-administrativo.

#### DISPOSICIONES ADICIONALES

*Primera.— Nombramiento y cese del Jefe del Estado Mayor de la Defensa y de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.*

1. El nombramiento y cese del Jefe del Estado Mayor de la Defensa se efectuará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno. Los nombramientos y ceses de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército de Aire se efectuarán por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa oídos el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y el Consejo Superior del Ejército correspondiente.

2. Al Jefe del Estado Mayor de la Defensa y a los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire no les será de aplicación lo establecido en los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 103 de esta Ley y continuarán en servicio activo hasta el momento de su cese en el cargo aún cuando cumplan la edad de retiro a la que se hace referencia en el artículo 64.2 de la presente Ley. Esta continuidad no podrá suponer que se rebase en cuatro años de edad de retiro. Si en el momento del cese tuviesen una edad inferior a la del retiro pasarán a la situación de reserva.

*Segunda.— Competencias del Subsecretario de Defensa en relación con los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.*

Las competencias que en esta Ley se asignan a los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire en relación con el personal de sus respectivos Ejércitos, corresponderán al Subsecre-

tario de defensa en lo que afecten al personal de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.

*Tercera.— Juntas Superiores de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas*

Las competencias que esta Ley asigna en materia de personal a los Consejos Superiores de los Ejércitos, corresponderán a las Juntas Superiores de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas que reglamentariamente se constituyan, en su ámbito respectivo.

*Cuarta.— Denominación de Capitán General*

La expresión «Capitán General» quedará reservada exclusivamente al empleo militar regulado en la presente Ley. Reglamentariamente se determinará las nuevas denominaciones de quienes ejerzan el mando de las regiones o zonas terrestres, marítimas y aéreas.

*Quinta.— Empleo de Teniente General en determinados Cuerpos*

Para satisfacer necesidades derivadas del planeamiento de la defensa militar en las Escalas superiores de los Cuerpos cuyo empleo máximo, según lo previsto en el título III de esta Ley, es el de General de División, se podrá alcanzar excepcionalmente el de Teniente General. El ascenso se producirá por Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa.

*Sexta.— Adaptación de la estructura de Cuerpos y Escalas*

1. En las Escalas que se crean por la presente Ley quedan integradas las actualmente existentes, de la siguiente forma:

a) *Cuerpos del Ejército de Tierra*  
Escala Superior del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra:

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Infantería.

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Caballería.

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Artillería.

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Ingenieros.

Escala Media del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra:

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Infantería.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Caballería.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Artillería.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Ingenieros.

Escala Básica del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra:

Cuerpo de Suboficiales de Infantería.

Cuerpo de Suboficiales de Caballería.

Cuerpo de Suboficiales de Artillería.

Cuerpo de Suboficiales de Ingenieros.

Escala Básica de Suboficiales de Infantería.

Escala Básica de Suboficiales de Caballería.

Escala Básica de Suboficiales de Artillería.

Escala Básica de Suboficiales de Ingenieros.

Escala Legionaria de Suboficiales de Infantería.

Escala de Mar de Suboficiales de Infantería.

Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra:

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Intendencia.

Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros politécnicos del Ejército de Tierra:

Rama Armamento y Material de la Escala Activa de Ingenieros Superiores de Armamento y Construcción.

Rama Construcción y Electricidad de la Escala Activa de Ingenieros Superiores de Armamento y Construcción.

Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra:

Escala Especial de Jefes y Oficiales Especialistas.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Intendencia.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Sanidad.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Farmacia.

Escala Especial de Jefes y Oficiales de Veterinaria.

Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra:

Cuerpo Auxiliar de Especialistas: Suboficiales.

Cuerpo de Suboficiales de Intendencia.

Cuerpo de Suboficiales de Sanidad.

Cuerpo de Suboficiales de Farmacia.

Cuerpo de Suboficiales de Veterinaria.

Agrupación Obrera y Topográfica del Servicio Geográfico: Suboficiales.

Escala Básica de Suboficiales Especialistas.

Escala Básica de Suboficiales de Intendencia.

Escala Básica de Suboficiales de Sanidad.

Escala Básica de Suboficiales de Farmacia.

Escala Básica de Suboficiales de Veterinaria.

b) Cuerpos de la Armada

Escala Superior del Cuerpo General de la Armada.

Escala de Mar del Cuerpo General.

Escala de Tierra del Cuerpo General.

Sección Transitoria del Cuerpo General, Escala de Mar.

Sección Transitoria del Cuerpo General, Escala de Tierra.

Escala Superior del Cuerpo de Infantería de Marina:

Escala Básica del Cuerpo de Infantería de Marina.

Escala Media del Cuerpo de Infantería de Marina:

Escala Especial, modalidad «A», del Cuerpo de Infantería de Marina.

Escala Básica del Cuerpo de Infantería de Marina:

Sección de Infantería de Marina de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales.

Escala Superior del Cuerpo de Intendencia de la Armada:

Escala Activa del Cuerpo de Intendencia.

Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros de la Armada:

Escala Básica del Cuerpo de Ingenieros.

Escala Básica, Sección Transitoria de Ingenieros Navales.

Escala Básica, Sección Transitoria de Ingenieros de Armas Navales.

Escala Básica, Sección Transitoria de Ingenieros de Electricidad.

Escala Media del Cuerpo de Especialistas de la Armada:

Escala Especial, modalidad «A» del Cuerpo General, Sección de Operaciones y Armas.

Escala Especial, modalidad «A» del Cuerpo General, Sección de energía y Propulsión.

Escala Especial, modalidad «A», del Cuerpo de Intendencia.

Escala Básica del Cuerpo de Especialistas de la Armada:

Sección de Operaciones y Armas de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales.

Sección de Energía y Propulsión de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales.

Sección de Administración de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales.

c) Cuerpos del Ejército del Aire

Escala Superior del Cuerpo General del Ejército del Aire:

Escala de Aire del Arma de Aviación.

Escala de Tierra del Arma de Aviación.

Escala de Tropas y Servicios del Arma de Aviación.

Escala Media del Cuerpo General del Ejército del Aire:

Escala Especial de Oficiales de Tropas y Servicios.

Escala Especial de Oficiales Operadores de Alerta y Control.

Escala Básica del Cuerpo General del Ejército del Aire:

Escala de Suboficiales de Tropas y Servicios.

Escala de Especialistas Operadores de Alerta y Control.

Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire:

Cuerpo de Intendencia.

Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire:

Escala de Ingenieros Aeronáuticos.

Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire:

Escala Especial de Oficiales Mecánicos de Mantenimiento de Avión.

Escala Especial de Oficiales Mecánicos de Electrónica.

Escala Especial de Oficiales Armeros Artificieros.

Escala Especial de Oficiales Radiotelegrafistas.

Escala Especial de Oficiales de Fotografía y Cartografía.

Escala Especial de Oficiales Mecánicos de Transmisiones.

Escala Especial de Oficiales Mecánicos de Automóviles.

Cuerpo Auxiliar de Oficinas Militares del Aire: Oficiales.

Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire:

Escala de Especialistas Mecánicos de Mantenimiento de Avión.

Escala de Especialistas Mecánicos de Electrónica.

Escala de Especialistas Armeros Artificieros.

Escala de Especialistas Radiotelegrafistas.

Escala de Especialistas de Fotografía y Cartografía.

Escala de Especialistas Mecánicos de Transmisiones.

Escala de Especialistas Mecánicos Automovilistas.

Cuerpo Auxiliar de Oficinas Militares del Aire: Suboficiales.

d) Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas

Escala Superior del Cuerpo Militar de Sanidad:

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Sanidad del Ejército de Tierra.

Escala Básica del Cuerpo de Sanidad. Sección de Medicina de la Armada.

Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire.

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Farmacia del Ejército de Tierra.

Escala Básica del Cuerpo de Sanidad. Sección de Farmacia de la Armada.

Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire.

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Veterinaria del Ejército de Tierra.

Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad:

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.

Escala Auxiliar de Oficiales del Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire.

Escala Auxiliar de Suboficiales del Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire.

Escala Superior del Cuerpo de Músicas Militares:

Escala de Directores Músicos del Ejército de Tierra.

Escala de Directores Músicos de Infantería de Marina.

Escala de Directores Músicos del Ejército del Aire.

Escala Básica del Cuerpo de Músicas Militares:

Escala de Suboficiales Músicos Militares del Ejército de Tierra.

Sección de Músicos de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales de la Armada.

Escala de Suboficiales Músicos del Ejército del Aire.

2. Se declaran a extinguir los siguientes Escalas:

Escala de la Guardia Real.

Rama Armamento y Material de la Escala Activa de Ingenieros Técnicos de Armamento y Construcción.

Rama Construcción y Electricidad de la Escala Activa de Ingenieros Téc-

nicos de Armamento y Construcción.

Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.

Escala Legionaria de Jefes y Oficiales de Infantería del Ejército de Tierra.

Escala de Mar de Oficiales de Infantería del Ejército de Tierra.

Reserva Naval Activa. Servicio de Puente.

Reserva Naval Activa, Servicio de Máquinas.

Escala Especial, modalidad «B» del Cuerpo General, Sección de Operaciones y Armas de la Armada.

Escala Especial, modalidad «B» del Cuerpo General, Sección de Energía y Propulsión de la Armada.

Escala Especial, modalidad «B» del Cuerpo de Infantería de Marina.

Escala Especial, modalidad «B» del Cuerpo de Intendencia de la Armada.

Escala de Subdirectores Músicos del Ejército de Tierra.

Escala de Subdirectores Músicos de la Armada.

Escala de Subdirectores Músicos del Ejército del Aire.

Sección de Vigilancia de Costas y Puertos de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales de la Armada.

Celadores de Penitenciaría Naval de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales de la Armada.

Escala de Banda de Infantería del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de Caballería del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de Artillería del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de Ingenieros del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de Intendencia del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de Sanidad del Ejército de Tierra.

Escala de Banda de La Legión del Ejército de Tierra.

Sección de Maestros de Banda de la Escala Básica del cuerpo de Suboficiales de la Armada.

Escala de Suboficiales de Banda del Ejército del Aire.

3. Los Cuerpos y Escalas declarados a extinguir con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, que se citan a continuación, continuarán en la misma situación:

a) Del Ejército de Tierra

Escala Auxiliar de Infantería.

Escala Auxiliar de Caballería.

Escala Auxiliar de Artillería.

Escala Auxiliar de Ingenieros.

Escala Auxiliar de Intendencia.

Escala Auxiliar de Sanidad.

Escala Auxiliar de Farmacia.

Escala Auxiliar de Veterinaria.

Cuerpo Auxiliar de Ayudantes de Ingenieros de Armamento y Construcción.

Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército (CASE).

Cuerpo Auxiliar de Especialistas: Oficiales.

Cuerpo de Oficinas Militares.

Agrupación Obrera y Topográfica del Servicio Geográfico: Oficiales.

Escala Auxiliar de Practicantes de Farmacia del Ejército de Tierra: Oficiales y Suboficiales.

b) De la Armada

Escala de Mar del Cuerpo de Máquinas.

Escala de Tierra del Cuerpo de Máquinas.

Escala Activa del Cuerpo de Oficinas.

Sección Sanitaria del Cuerpo de Suboficiales.

c) Del Ejército del Aire

Escala de Tropas del Cuerpo de Sanidad del Aire (Oficiales).

Escala Complementaria de la Antigua Arma de Aviación (Oficiales).

Escala de Telegrafistas (Oficiales).

Escala Auxiliar de Meteorología (Oficiales).

Escala de Enfermeros Auxiliares de Sanidad (Oficiales).

Escala Auxiliar de Farmacia (Oficiales).

Escala de Especialistas Mecánicos Motoristas de Aviación.

Escala de Especialistas Montadores Electricistas de Aviación.

Escala de Especialistas Mecánicos de Radio y Radar.

Escala de Especialistas Armeros y Artificieros.

Escala Auxiliar de Meteorología (Suboficiales).

Escala Auxiliar de Farmacia (Suboficiales).

Escala de Enfermeros Auxiliares de Sanidad (Suboficiales).

Escala de Telegrafistas (Suboficiales).

Escala de Mecánicos Conductores.

4. Se declaran a extinguir las Escalas de Complemento y de Reserva Naval que se citan a continuación:

a) Del Ejército de Tierra

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Infantería.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Caballería.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Artillería.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Ingenieros.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Intendencia.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Sanidad del Ejército de Tierra.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Farmacia del Ejército de Tierra.

Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Veterinaria del Ejército de Tierra.

Escala de Complemento de Suboficiales de Infantería.

Escala de Complemento de Suboficiales de Caballería.

Escala de Complemento de Suboficiales de Artillería.

Escala de Complemento de Suboficiales de Ingenieros.

Escala de Complemento de Suboficiales de Intendencia.

Escala de Complemento de Suboficiales de Sanidad del Ejército de Tierra.

Escala de Complemento de Suboficiales de Farmacia del Ejército de

Tierra.

Escala de Complemento de Suboficiales de Veterinaria del Ejército de Tierra.

Escala de Complemento de Suboficiales Especialistas del Ejército de Tierra.

b) De la Armada

Reserva Naval, Servicio de Puente.

Reserva Naval, Servicio de Máquinas.

Escala de Complemento del Cuerpo General, Sección Operaciones y Armas.

Escala de Complemento del Cuerpo General, Sección Energía y Propulsión.

Escala de Complemento del Cuerpo de Infantería de Marina.

Escala de Complemento del Cuerpo Intendencia de Armada.

Escala de Complemento del Cuerpo Ingenieros de la Armada.

Escala de Complemento del Cuerpo de Sanidad, Sección de Medicina de la Armada.

Escala de Complemento del Cuerpo de Sanidad, Sección de Farmacia de la Armada.

Escalas de Complemento del Cuerpo de Suboficiales de la Armada:

Sección de Operaciones y Armas.

Sección de Energía y Propulsión.

Sección de Administración (Escribientes).

Sección de Ayudantes Técnicos Sanitarios.

Sección de Vigilancia de Costas y Puertos.

Sección de Infantería de Marina.

c) Del Ejército del Aire

Escala de Complemento del Aire.

Escala de Complemento de Tropas y Servicios.

Escala de Complemento de Ingenieros Eronáuticos.

Escala de Complemento de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.

Escala de Complemento del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire

Escala de Complemento del Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire.

Escala de Complemento del Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire.

d) De los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas

Escala de Complemento del Cuerpo Militar de Intervención.

Escala de Complemento del Cuerpo Jurídico Militar.

5. Se declaran a extinguir las Escalas honoríficas reguladas en las siguientes disposiciones:

Decreto de 12 de diciembre de 1942 por el que se establece la Escala Honorífica de Sanidad Militar.

Decreto de 6 de abril de 1943, que regula el ingreso de los Oficiales de Complemento en las Escalas Honoríficas del Ejército de Tierra.

Decreto de 6 de abril de 1943, que crea las Escalas Honoríficas en diversos Cuerpos del Ejército de Tierra.

Decreto de 29 de septiembre de 1943, en lo que se refiere a la Escala Honorífica del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército de Tierra.

Decreto de 6 de febrero de 1948, que crea la Escala Honorífica de Odontólogos Militares del Ejército de Tierra.

Decreto de 12 de enero de 1951, que crea las Escalas Honoríficas de las Armas y Cuerpos del Ejército del Aire.

Real Decreto 2289/1977, de 23 de julio, por el que se regula la Escala Honorífica Militar de Ferrocarriles.

#### *Séptima.— Adaptación del régimen de las Escalas a extinguir*

El régimen de los militares de carrera pertenecientes a las Escalas relacionadas en los puntos 2 y 3 de la disposición adicional sexta será el regulado en la presente Ley con las adaptaciones que se determinen reglamentariamente. En la misma forma se determinarán las Escalas reguladas en la presente Ley en las que se pueden integrar voluntariamente según los criterios establecidos en la disposición adicional undécima.

#### *Octava.— Adaptación de las situaciones administrativas*

1. Los militares de carrera que se encuentren en situaciones administrativas distintas de las reguladas en la presente Ley, y no mencionadas en esta disposición, solicitarán su pase a las situaciones que correspondan en el plazo máximo de un mes a partir de la aprobación de las normas reglamentarias sobre situaciones administrativas. Transcurrido dicho plazo, se procederá de oficio.

2. Los militares de carrera que se encuentren en la situación de reserva activa pasarán a la situación de reserva, conservando el derecho a un ascenso que tuvieran adquirido, que se producirá cuando le corresponda a uno que le siguiera en el Escalafón de los ascendidos en el cupo de orden de Escalafón por el sistema de selección o de los ascendidos por el sistema de antigüedad.

3. La situación de reserva transitoria permanecerá durante el período de adaptación requerido por las Leyes de plantillas de las Fuerzas Armadas. Los militares que se encuentren en ella conservarán el derecho a un ascenso que tuvieran adquirido, de la forma descrita en el apartado anterior, y el de continuar percibiendo las retribuciones de la situación del servicio activo hasta cumplir las edades de pase a la situación de reserva fijadas en la presente Ley, por un período máximo de quince años desde su pase a la situación de reserva transitoria.

Al finalizar el período de adaptación expresado, se integrarán en la situación de reserva manteniendo el citado régimen de ascensos y retribuciones.

4. El personal que se encuentre en las situaciones derivadas de la Ley de 17 de julio de 1958 para el pase voluntario de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra al servicio de Organismos civiles permanecerá en las mismas y mantendrán las condiciones previstas en dicha Ley.

*Novena.- Empleos en la Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad*

Con efectos de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley a los Suboficiales de las Escalas que, conforme a lo previsto en la disposición adicional sexta, deban integrarse en la Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad, se les concederá el empleo de Alférez. Dicha concesión se efectuará de oficio, en el plazo máximo de un mes, por el orden que se corresponda con los empleos y antigüedad que tuvieran en sus Escalas de origen.

*Décima.- Adaptación del régimen del personal de las Escalas de Complemento*

1. Los militares pertenecientes a las Escalas de complemento y de Reserva Naval citadas en el apartado 4 de la disposición adicional sexta que, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, lleven más de seis años de servicios efectivos en las mencionadas Escalas, se integrarán en las Escalas medias o básicas correspondientes en el caso de los Cuerpos Generales, de Infantería de Marina y de Especialistas de los Ejércitos. En el supuesto de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas se integrarán en las Escalas superiores o medias correspondientes si poseen la titulación exigida para el acceso a las mismas; en caso contrario, permanecerán en sus Escalas de origen, declaradas a extinguir, y les será de aplicación lo establecido en la disposición adicional séptima de esta Ley.

2. Los Oficiales que no tengan ese derecho deberán acogerse a la normativa regulada en esta Ley para los militares de empleo, cumpliendo, en caso contrario, el compromiso que tuvieran sin posibilidad de prórroga.

3. Los Suboficiales de las Escalas de complemento que no reúnan las condiciones del apartado 1 de esta disposición, tendrá opción a integrarse en las

Escalas básicas correspondientes, previo ingreso en los Centros de enseñanza militar de grado básico y superación de los cursos que se determinen. Los que no se integren como militares de carrera cumplirán el compromiso que tuvieron que se les podrá renovar hasta un máximo de ocho años de servicio.

4. Lo establecido en esta disposición no será de aplicación a los militares pertenecientes a las Escalas de complemento y de Reserva naval que se encuentren en situación ajena al servicio activo.

*Undécima.- Normas de integración de Escalas*

1. La integración de las Escalas relacionadas en el apartado 1 de la disposición adicional sexta de esta Ley se realizará conjugando el empleo y orden de Escalafón que tengan sus componentes en la Escala de origen en el momento de la integración y el tiempo de servicios efectivos cumplido desde su acceso a la misma o, en el caso de que todos sus componentes hayan accedido por promoción interna, desde el acceso a la Escala de origen; en último extremo se resolverá en favor del de mayor edad.

2. Para integrar a los componentes de las Escalas de complemento en las Escalas que correspondan según lo previsto en la disposición adicional décima de esta Ley, se procederá de la siguiente forma:

En primer lugar se ordenará a los componentes de las Escalas de complemento que se vayan a integrar en una misma Escala por empleos y, dentro de éstos, por tiempo de servicios efectivos en los mismos.

A continuación se procederá a incluir en cada uno de los empleos de la nueva Escala a los componentes de las Escalas de complemento distribuidos entre los que se integran de otras Escalas proporcionalmente a los efectivos respectivos.

Por último, se determinará la posición relativa de cada uno de los miembros de la Escala de complemento dentro del grupo de componentes de otras

procedencias en el que se corresponde integrarse, teniendo en cuenta el tiempo de servicios efectivos en el empleo de uno y otros.

3. Las integraciones deberán estar realizadas en un período máximo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. El Gobierno determinará las normas reglamentarias de integración.

4. Una vez producidas las integraciones en cada Escala, la antigüedad en el empleo vendrá determinada por el nuevo orden de Escalafón, según lo previsto en el apartado 6 del artículo 10 de la presente Ley.

#### *Duodécima.— Adaptación del régimen de Tropa y Marinería profesionales*

1. Los militares profesionales de la categoría de Tropa y Marinería que, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, conservarán dicho derecho con el régimen que se determine reglamentariamente.

2. Los que no tengan ese derecho deberán acogerse a la normativa regulada en esta Ley para los militares de empleo, cumpliendo, en caso contrario, el compromiso que tuvieran, sin posibilidad de prórroga.

#### *Decimotercera.— Servicio para la formación de cuadros de mando*

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, todas las referencias efectuadas en la Ley 19/1984, de 8 de junio, General del Servicio Militar, y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, referentes a servicio para la formación de cuadros de mando y especialistas, tanto para las Escalas de complemento como para la reserva naval, deberán entenderse referidas al servicio para la formación de cuadros de mando.

#### *Decimocuarta.— Modificación de la legislación de clases pasivas*

1. Se modifica el artículo 52 del Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, que queda redactado como sigue:

##### «Artículo 52. Régimen jurídico

1. Los alumnos de los Centros docentes militares de formación y quienes estuvieren prestando el servicio militar en cualquiera de sus formas, causarán en su favor o en favor de su cónyuge, hijos o padres derecho a pensión en el caso de 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.

Los alumnos de los Centros docentes militares de formación, que hayan ingresado en los mismos siendo militares de carrera o de empleo, tendrán los derechos pasivos correspondientes a su relación de servicios profesionales.

2. Tales pensiones se regularán por lo dispuesto en el precedente capítulo 4, tomándose para su determinación el haber regulador que, en cada momento, corresponda al personal militar de Tropa y Marinería o, en su caso, al empleo eventual de los alumnos, siempre que la incapacidad o inutilidad que dé origen a la correspondiente pensión se entienda en los términos regulados en el apartado 2. c), del artículo 28 de este texto, pero referida a la inhabilitación absoluta para cualquier profesión u oficio.

3. Los alumnos de Centros docentes militares de formación y quienes estuvieren prestando el servicio militar en cualquiera de sus formas, tendrán derecho a las pensiones o indemnizaciones por una sola vez, que reglamentariamente se determinen caso de que sufran lesiones permanentes no invalidantes, o no determinantes de inutilidad absoluta para todo

trabajo, como consecuencia del desempeño del servicio militar o del propio proceso de enseñanza militar y no tengan derecho a ellas por ningún régimen público de Previsión Social.

2. Lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 del Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, se aplicará con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 1985, para todos aquellos casos en los que desde esa fecha se haya instruido o resuelto el correspondiente expediente de inutilidad física, y para el reconocimiento de la pensión o indemnización a que haya lugar no serán exigibles los períodos de carencia vigentes en cada momento en los sistemas públicos de Previsión Social.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

### *Primera.— Situación de segunda reserva de los Oficiales Generales*

1. Los Oficiales Generales que a la entrada en vigor de la presente Ley se encuentren en la situación de reserva anterior a la Ley 20/1981, de 6 de junio, y los que se encuentren en la segunda reserva regulada en dicha Ley, y en la situación especial regulada en el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, permanecerán en dichas situaciones, mantendrán sus actuales condiciones y se denominarán Oficiales generales en segunda reserva.

2. Al cumplir la edad de retiro fijada en el artículo 64 de esta Ley, pasarán a situación de segunda reserva, en las condiciones mencionadas en el apartado anterior, los Oficiales Generales que tengan dicha categoría en la fecha de entrada en vigor de la misma.

### *Segunda.— Régimen transitorio general*

Las disposiciones contenidas en esta Ley sobre historiales militares, destinos, cursos de capacitación para el desempeño de las funciones de categorías o empleos superiores, ascensos y eva-

luaciones entrarán en plena aplicación en un período máximo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. Las normas de desarrollo de la misma podrán incluir disposiciones transitorias de adaptación de las actualmente vigentes dentro del plazo señalado anteriormente.

### *Tercera.— Régimen transitorio del pase a la situación de reserva*

1. Con objeto de hacer una aplicación gradual del sistema de pase a la reserva por tiempo de permanencia previsto en el artículo 103.1 b) de la presente Ley, el Ministro de Defensa determinará un calendario progresivo de adaptación empezando en treinta y cinco hasta llegar al fijado en el artículo, de tal forma que la disminución de cada año se haga en un período superior a tres y sin que el tiempo total de adaptación supere los doce años. En cualquier caso, el tiempo se computará desde el acceso a los Cuerpos y Escalas que, según lo establecido en la disposición adicional sexta de esta ley, quedan integrados en las Escalas Superiores de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina.

2. El Ministro de Defensa determinará un calendario progresivo de adaptación cuando las edades de pase a la situación de reserva fijadas en el artículo 103.2 de la presente Ley no coincidan con las establecidas en la normativa vigente para el pase a la situación de reserva activa.

### *Cuarta.— Régimen transitorio de ascensos*

1. El sistema de ascenso por selección establecido en la presente Ley se aplicará a las Escalas reguladas en la misma, una vez que se hayan integrado los Cuerpos y Escalas relacionados en la disposición adicional sexta. Hasta que se produzcan dichas integraciones del sistema de ascenso que se aplicará a los componentes de los Cuerpos y Es-

calas no integrados será el de antigüedad.

A partir del momento de integración la determinación de las zonas de Escalafón cuyos componentes deben ser evaluados para el ascenso por elección o por selección se hará de tal forma que permita evaluar en el mismo ciclo a las promociones procedentes de distintos Cuerpos y Escalas que hubieran adquirido la condición de militar de carrera en el mismo año.

2. Durante dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley no será requisito indispensable para el ascenso en el sistema de antigüedad haber sido previamente evaluado.

3. En los Cuerpos Jurídico Militar y Militar de Intervención será de aplicación, además de lo previsto en esta disposición, lo regulado en las disposiciones transitoria y final tercera de la Ley 6.1988, de 5 de abril.

#### *Quinta.- Régimen transitorio de promoción interna de los Suboficiales*

1. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley no se producirán nuevos ascensos a las Escalas relacionadas en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional sexta de la presente Ley. Los Brigadas y Subtenientes que tuvieran las condiciones para acceder a las mismas lo harán en el momento de su pase a la situación de reserva, si lo solicitan previamente.

2. Los procesos de promoción interna, iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, a los Cuerpos y Escalas que, según la disposición adicional sexta de esta Ley, se integran en las Escalas Medias de los Cuerpos específicos del Ejército de Tierra y de la Armada, se ajustarán a las condiciones reguladas en sus respectivas convocatorias, produciéndose su acceso a las Escalas correspondientes en el empleo de Teniente.

3. En las Escalas medias de los Cuerpos específicos del Ejército del Aire se darán vacantes, por un perio-

do máximo de dos años, para que accedan a las mismas con el empleo de teniente los actuales subtenientes de los Cuerpos y Escalas del Ejército del Aire que según la disposición adicional sexta de la presente Ley se integran en aquéllas, siempre que reúnan las condiciones de acceso a la entrada en vigor de esta Ley. Los que tuvieran estas condiciones y no hayan accedido en el citado periodo lo harán en el momento de su pase a la situación de reserva, si lo solicitan previamente.

4. Durante un período máximo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las convocatorias para el acceso por promoción interna a la enseñanza militar de grado medio de los militares de carrera de los Cuerpos y Escalas que, según lo previsto en la disposición adicional sexta de esta Ley, se integran en las Escalas básicas de los Cuerpos correspondientes, reservarán a concurso restringido, para los que en función de lo previsto en el artículo 47,5 de esta ley queden excluidos por razón de empleo militar o edad, al menos un 50 por 100 de las plazas convocadas. Las convocatorias distribuidas a lo largo del período transitorio, se harán por orden de antigüedad de los interesados y de tal forma que cada uno tenga dos oportunidades de optar a las mismas.

#### *Sexta.- Régimen transitorio de la determinación de especialidades fundamentales*

En tanto no se produzca su regulación reglamentaria, se considerarán especialidades fundamentales las que se corresponden, en su caso, con las denominaciones de las Escalas de procedencia que se determinan en la disposición adicional sexta de esta Ley.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas, en tanto en

cuanto no lo estuvieran ya por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, las siguientes disposiciones:

Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878.

Ley Adicional a la Constitutiva del Ejército de 19 de julio de 1889.

Ley de 29 de junio de 1918 por la que se aprueban las Bases para la reorganización del Ejército.

2. Las disposiciones que se citan a continuación y que se refieren a materias reguladas en la presente Ley, en lo que no se opongan a la misma, continuarán en vigor con carácter reglamentario. Las disposiciones de desarrollo de esta Ley las derogarán de forma expresa.

Ley 12 de julio de 1940, por la que se restablece el Cuerpo Eclesiástico del Ejército.

Ley de 27 de septiembre de 1940, de creación del Cuerpo Técnico del Ejército y Decreto de 19 de enero de 1943, por el que el citado Cuerpo pasa a denominarse Cuerpo de Ingenieros de Armamento y Construcción del Ejército.

Ley de 25 de noviembre de 1944, sobre creación de la Escuela de Aplicación de Infantería de Marina.

Ley de 31 de diciembre de 1945, que reorganiza el Cuerpo Eclesiástico de la Armada.

Ley de 31 de diciembre de 1945, que organiza el Cuerpo Eclesiástico del Ejército del Aire.

Ley de 22 de diciembre de 1955 que regula el ingreso y permanencia en el cuerpo de Suboficiales y Escala Auxiliar del Ejército de Tierra, modificada por la Ley 4/1972, de 26 de febrero.

Ley de 17 de julio de 1958, de pase voluntario de jefes y oficiales del Ejército de Tierra al Servicio de Organismos Civiles.

Ley 142/1962, de 24 de diciembre,

sobre organización del Cuerpo de Suboficiales Especialistas en el Ejército del Aire.

Ley 146/1963, de 2 de diciembre, de reorganización del Cuerpo Auxiliar de Oficinas Militares del Aire.

Ley 97/1966, de 28 de diciembre, sobre clasificación de las enseñanzas militares.

Ley 61/1967, de 22 de julio, de creación del Cuerpo de Ingenieros de la Armada.

Ley 78/1968, de 5 de diciembre, de escalas y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada, modificada por las Leyes 31/1976, de 2 de agosto, y 4/1977, de 4 de enero.

Ley 51/1969, de 26 de abril, de ascensos para personal del Arma de Aviación y Cuerpos del Ejército del Aire procedentes de Enseñanza Militar Superior, modificada por el Real Decreto-ley 29/1977, de 2 de junio.

Ley 15/1970, de 4 de agosto, general de recompensas de las Fuerzas Armadas, modificada por la Ley 47/1972, de 22 de diciembre.

Ley 19/1973, de 21 de julio, de Especialistas de la Armada.

Disposición adicional y disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 13/1974, de 20 de marzo, en lo que se refiere a las Escalas declaradas a extinguir del Ejército de Tierra.

Ley 18/1975, de 2 de mayo, de reorganización del Arma de Aviación.

Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria.

Ley 39/1977, de 8 de junio, de modificación de la estructura del Cuerpo de Suboficiales del Ejército del Aire.

Ley 44/1977, de 8 de junio, de modificación de las condiciones de aptitud para el ascenso de los Suboficiales del Ejército de Tierra.

Ley 20/1981, de 6 de julio, de creación de la situación de reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal militar profesional, modificada por el Real Decreto-ley 13/1984, de 12 de diciembre, y Ley 51/1984, de 26 de diciembre.

Ley 48/1981, de 21 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.

Ley 7/1982, de 31 de marzo, por la que las funciones del Cuerpo de Máquinas de la Armada son asumidas por el Cuerpo General de la Armada.

Ley 14/1982, de 5 de mayo, por la que se reorganizan las Escalas Especial y Básica de Suboficiales del Ejército de Tierra.

Ley 10/1984, de 12 de abril, de reorganización de la Escala Auxiliar del Cuerpo de Sanidad del Ejército del Aire.

Ley 11/1984, de 12 de abril, por la que se determinan las especialidades de la Escala especial de jefes y oficiales especialistas del Ejército de Tierra.

Ley 9/1985, de 10 de abril, de unificación de los Cuerpos de Intervención Militar, de Intervención de la Armada y de Intervención del Aire.

Real Decreto-ley 3/1985, de 10 de julio, por el que se determina la estructura y funciones de los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

3. Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

Ley de 29 de agosto de 1933, por la que se crea el Cuerpo de Suboficiales en el Tercio.

Decreto de 18 de julio de 1938, por el que se restablece la dignidad de Capitán General.

Ley de 24 de noviembre de 1938, de pase a la Reserva de los Capitanes Generales del Ejército y de la Armada.

Ley de 11 de abril de 1939, por la que se restablecen los empleos de Teniente general y Almirante, Generales de División y asimilados.

Ley de 6 de mayo de 1940 de Organización de Especialistas Militares.

Ley de 27 de septiembre de 1940, por la que se restablece en Zaragoza la Academia General Militar y Ley de 17 de julio de 1945, por la que se autoriza a modificar la anterior por Decreto.

Ley de 2 de septiembre de 1941, sobre uso del uniforme por el personal en situación de reserva y retirado.

Ley de 13 de marzo de 1943, que restablece la Sección de Farmacia del Cuerpo de Sanidad de la Armada.

Decreto-ley de 22 de diciembre de 1950, por el que se dictan normas para la formación de la oficialidad de las Armas, Cuerpo de Intendencia y Cuerpo de Ingenieros de Armamento y Construcción.

Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, por el que se autoriza al Ministerio del Ejército para modificar las disposiciones vigentes sobre la formación de oficialidad de las Escalas activa y de complemento del Ejército.

Ley de 5 de abril de 1952, por la que se determina la edad para ejercer mando de unidades para pasar a la situación de reserva o retiro y Decreto-ley de 19 de octubre de 1961, por el que se aplican a los jefes y oficiales de la Escala legionaria la Ley anterior.

Ley 15 de julio de 1952, crea la Agrupación Temporal Militar.

Ley de 15 de julio de 1952, de reorganización del Arma de Aviación.

Ley de 20 de diciembre de 1952, de ascensos a Coronel honorífico de Teniente Coroneles del Ejército de Tierra, ampliada por la Ley 22/1961, de 21 de julio.

Ley de 17 de julio de 1953, crea la situación de Reserva.

Decreto-ley de 16 de junio de 1954, sobre ingreso de los Alféreces cadetes en las Escalas Auxiliares.

Decreto-ley de 22 de marzo de 1957, por el que se dispone que el Capitán General del Ejército permanezca en el grupo de Mando de Armas hasta cumplir los setenta años de edad.

Ley 46/1960, de 21 de julio, sobre categorías del Cuerpo de Suboficiales.

Disposición transitoria tercera de la Ley 12/1961, de 19 de abril, sobre ascensos de oficiales generales y particulares del Ejército de Tierra.

Ley 58/1961, de 22 de julio, por la que se crea la Escuela de Formación Profesional Industrial del Ejército del Aire.

Leyes 143/1962, de 24 de diciembre y 166/1965, de 21 de diciembre, de amortización de vacantes en la Armada.

Ley 195/1963, de 28 de diciembre, de beneficios y normas de ingreso en la Agrupación Temporal Militar.

Decreto 69/1964, de 16 de enero, por el que se fijan las directrices para la organización de la Enseñanza Militar.

Ley 84/1965, de 17 de julio, sobre *Jefes y Oficiales de las Escalas Activas* de las Fuerzas Armadas, pertenecientes al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo o Escala de Tierra, modificada por la Ley 31/1976, de 2 de agosto.

Ley 19/1972, de 10 de mayo, organiza el Cuerpo Auxiliar de Practicantes de Sanidad Militar.

Decreto 528/1973, de 9 de marzo, de reforma de la Enseñanza Superior Militar para formación de Oficiales de los tres Ejércitos.

Decreto 3525/1974, de 6 de diciembre, por el que se establecen las denominaciones de los asimilados a Oficial General de los Cuerpos del Ejército de Tierra.

Ley 2/1977, de 4 de enero, sobre regulación de ingreso en las Escalas Activas de los Alféreces cadetes que causen baja en las Academias Militares por accidente o enfermedad contraída durante su permanencia en las mismas.

Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas y Reales Decretos 706/1977, de 1 de abril, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, y 1113/1977, de 20 de mayo, por el que se modifica el Real

Decreto 706/1977, de 1 de abril.

Ley 63/1978, de 26 de diciembre, sobre uniformidad y divisas de los Ejércitos.

Ley 81/1980, de 30 de diciembre, sobre ascensos honoríficos.

Disposición adicional tercera de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986.

4. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

## DISPOSICIONES FINALES

### *Primera. — Recompensas militares*

1. Las recompensas militares por hechos o servicios de guerra son: Cruz Laureada de San Fernando, Medalla Militar, Cruz de Guerra, Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aero-náutico, con distintivo rojo y citación como distinguido en la Orden General.

2. Las recompensas militares por méritos, trabajos, servicios o acciones distinguidas en tiempo de paz son: Medalla del Ejército, Medalla Naval, Medalla Aérea, Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aero-náutico, con distintivo blanco y mención honorífica.

3. La constancia en el servicio y la intachable conducta de los militares de carrera, de todas las categorías, se recompensará con el ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

4. Reglamentariamente se determinarán los trámites y condiciones de ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo de los Suboficiales que posean la Cruz a la Constancia en el servicio.

5. No podrán concederse otras recompensas militares que las contenidas en la presente disposición, si bien se conservarán con todos sus derechos y beneficios las que se hubieran otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

## *Segunda.—Uniformidad*

1. Los militares vestirán el uniforme reglamentario en los actos de servicio. Las normas generales de uniformidad y las limitaciones al uso del mismo serán establecidas por el Ministro de Defensa.

2. El militar que se encuentre en las situaciones administrativas de servicios especiales y de excedencia voluntaria sólo podrá vestir el uniforme en actos militares y sociales solemnes y siempre que no esté ejerciendo cargos públicos.

## *Tercera.— Sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas*

El sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas será el de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, adaptado a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados. El Gobierno, por Real Decreto, procederá a efectuar la citada adecuación siempre que sea necesaria.

A los solos efectos retributivos y de fijación de los haberes reguladores para la determinación de los derechos pasivos del personal militar se aplicarán las siguientes equivalencias entre grupos de empleos militares y los grupos de clasificación a que se refiere el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Teniente General a Teniente. Grupo A.

Alférez, Suboficial Mayor y Subteniente, Grupo B.

Brigada, Sargento primero y Sargento, Grupo C.

Cabo primero, Cabo y Soldado, Grupo D.

## *Cuarta.— Personal militar de la Casa de Su Majestad el Rey*

Los militares de carrera y de empleo

podrán desempeñar puestos de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en la Casa de Su Majestad el Rey permaneciendo en la situación de servicio activo a todos los efectos.

Quienes desempeñen puestos de trabajo de carácter no militar percibirán sus retribuciones conforme al régimen establecido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

## *Quinta.— Régimen de integración de la Escala de la Guardia Real*

El Gobierno determinará las normas de integración de los componentes de la Escala de la Guardia Real, declarada a extinguir, en el Cuerpo de la Guardia Civil conjugando el empleo y antigüedad que se tuviera en la Escala de origen, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, con el tiempo de servicios efectivos cumplido desde el ingreso en la Escala correspondiente.

## *Sexta.— Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria*

1. A la entrada en vigor de la presente Ley queda declarado a extinguir el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.

2. El personal militar que tuviere derecho a ingresar en el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, o a cambiar la calificación de su mutilación, tendrá de plazo hasta el 1 de diciembre de 1989 para ejercerlo. De no hacerlo se entenderá que renuncia al mismo.

3. Al año de entrada en vigor de la presente Ley todos los miembros del Cuerpo pasarán a retirado, con excepción de los Oficiales Generales que pasarán a la situación de segunda reserva quedando en las condiciones a las que se refiere la disposición transitoria primera de esta Ley.

4. Reglamentariamente se determinará, teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas y dentro de los créditos presupuestarios, los derechos

pasivos del personal proveniente del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria de tal forma que su cuantía sea, al menos, igual a las retribuciones anuales que vinieran percibiendo en su situación anterior y manteniendo el régimen de compatibilidad regulado en el artículo 10 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo.

5. Lo previsto en los anteriores apartados de esta disposición será igualmente de aplicación al personal pertenecientes al Cuerpo de inválidos militares no integrado en el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y al personal perteneciente a la Sección de Inútiles para el Servicio.

6. El personal incluido en el ámbito de aplicación de esta disposición tendrá los derechos reconocidos al militar retirado según lo establecido en el artículo 64.3 de esta Ley y mantendrá los beneficios y prerrogativas de carácter honorífico a los que hace referencia la disposición común séptima de la Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria.

#### *Séptima.- Servicio de Asistencia Religiosa*

1. El Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento.

2. El Gobierno, por Real Decreto, creará el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y aprobará las normas sobre el régimen de personal del mismo, con arreglo a los siguientes criterios:

a) La relación de servicios profesionales se constituirá con personal vinculado con carácter permanente y no permanente, que no tendrá la condición de militar.

b) La duración máxima de la relación de servicios con carácter no permanente será de ocho años. Para acceder con carácter permanente será necesario superar las pruebas que se determinen y haber prestado servicio con ca-

rácter no permanente durante, al menos, tres años.

c) El régimen de asignación de puestos de trabajo y la consiguiente movilidad del personal se ajustará a lo previsto en la presente Ley para el personal de las Fuerzas Armadas, con las debidas adaptaciones.

d) Las situaciones administrativas se regularán de forma similar a las de los funcionarios de la Administración del Estado en lo que les sea aplicable.

e) El régimen retributivo se establecerá de forma similar al del personal de las Fuerzas Armadas con las adaptaciones obligadas por la naturaleza de la relación de servicios.

f) El régimen disciplinario será el aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado con las modificaciones necesarias para atender a las características del ámbito en que desempeñan su función y a la naturaleza de la misma.

3. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas 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.

A la entrada en vigor de la presente Ley se declaran a extinguir los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

A sus componentes se les concede el derecho a optar entre integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa con carácter permanente o continuar en los Cuerpos de procedencia con los mismos derechos y obligaciones.

#### *Octava.- Régimen del personal del Centro Superior de Información de la Defensa*

El personal que preste servicio en el Centro Superior de Información de la Defensa, cualquiera que sea su procedencia, quedará sometido al mismo régimen de personal. En dicho régimen,

que se aprobará por el Gobierno conjugando el de la función pública y el regulado en esta Ley, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a) La relación de servicios profesionales podrá tener carácter temporal o permanente.

b) La relación de carácter permanente para los que previamente no lo mantuvieran con la Administración, exigirá la superación de las correspondientes pruebas en las que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

c) La promoción profesional quedará asegurada para todo el personal y responderá a criterios de igualdad y objetividad. La estructura jerárquica y las relaciones orgánicas y funcionales consiguientes se establecerán de acuerdo con la relación de puestos de trabajo del Centro.

d) El régimen general de derechos y deberes, así como el disciplinario, se determinará en función del carácter y naturaleza del Centro.

e) Se garantizará, en todo caso, la reserva sobre aquellos aspectos del régimen de personal que afecten al funcionamiento del Centro.

#### *Novena.- Autorización al Gobierno*

Se autoriza al Gobierno a aprobar las normas de desarrollo de la presente Ley a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

#### *Décima.- Entrada en vigor*

La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1990, con excepción de esta disposición final, la final tercera, el apartado 2 de la final sexta y al final novena, que lo harán el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palma de Mallorca, a 19 de julio de 1989.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

(Del BOE número 172, de 20-7-1989)

**LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO LABORAL.**  
**Ley 7/1989 de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral**  
**y Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril**

Antonio Juan Carlos FERNÁNDEZ MARTÍN  
*Comandante Auditor*

La disposición adicional duodécima de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ordenaba al Gobierno la redacción, dentro de un año y medio, de un nuevo texto refundido de Procedimiento Laboral, "en el que se contengan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma y se regularicen, aclaren y armonicen los textos legales refundidos".

La delegación legislativa, era, por tanto, muy amplia y permitía una labor de reforma importante, hecho que contrastaba con algunas objeciones que desde la doctrina -VIDA SORIA- se habían hecho a la posibilidad de actuar una delegación legislativa en el tema, que se entendía reservado a regulación por ley orgánica, dado que el procedimiento laboral podía afectar a derechos fundamentales de la persona, objeciones que luego no han sido desarrolladas, por no tener, al parecer, entidad suficiente. Transcurrido el plazo antes citado, la habilitación legal decayó.

A partir de este momento, cabía la posibilidad de conceder una nueva autorización legislativa al Gobierno, a fin de que dictase un nuevo texto refundido, o bien, elaborar una Ley de Bases al amparo del art. 82.2 de la Constitución para que por el Gobierno se redactase un texto articulado, solución que al final ha sido la que se ha adoptado.

Así, en el B.O.E., de 13 de abril de 1989, se publicó la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral (LBPL) y en la que en su artículo primero "se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, con audiencia de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, y previo informe del Consejo General del Poder Judicial y dictamen del Consejo de Estado, aprueben, en el plazo de un año, el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, que derogará el vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/80, de 13 de junio, con arreglo a los principios y

criterios que resultan de las siguientes bases”, incluyéndose, seguidamente, cuarenta y una bases distribuidas (del ejercicio de la jurisdicción, de las partes procesales, objeto del proceso, actos procesales, evitación del proceso, proceso ordinario, modalidades procesales, de los medios de impugnación del proceso, ejecución de sentencias y medidas transitorias), en estos diez títulos.

El art. 2 de la Ley de Bases 7/89 modificaba los artículos 153 y 166 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para elevar las cuantías de acceso a los recursos de suplicación y casación laborales, modificación que ha sido de aplicación directa e inmediata, a pesar de estar contenida en una Ley de Bases.

Con esta Ley, se continua, en lo procesal, el camino iniciado en lo jurisdiccional por la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por la Ley de Demarcación y Planta Judicial, normas todas estas que en opinión de la doctrina –ESPINOSA FERNANDEZ– han configurado el marco orgánico y funcional del Derecho Procesal Laboral y lo que podría denominarse el edificio a la Justicia Laboral (VIDA SORIA).

El desarrollo de las bases se ha plasmado en el Texto Artículo aprobado por Real Decreto Legislativo 521/90, de 27 de abril, y publicado B.O.E. el día 2 de mayo de 1990, agotándose al máximo el plazo del año concedido al poder Ejecutivo para su aprobación y publicación.

El Texto Articulado se estructura en cuatro libros (Parte General, Del Proceso ordinario y de las modalidades procesales, De los medios de impugnación y De la ejecución de sentencias), y presenta importantes variedades respecto del Anteproyecto publicado en el suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de febrero de 1990, acogiéndose, en parte, en el Texto las modificaciones solicitadas por el Consejo General de la Abogacía y la organización empresarial C.E.O.E., con el fin de rebajar el trato de favor que concedía a los trabajadores afiliados a un sindicato en detrimento de los no afiliados que contenía el Texto inicial.

Podría hablarse, como señala certeramente ESPINOSA FERNANDEZ, de un texto “pseudo refundido”, toda vez que incorpora en buena parte la antigua Ley de Procedimiento Laboral y sus sucesivas reformas y en este sentido, se puede hacer referencia a la Ley 20/88, de 14 de julio, que atribuía a la jurisdicción social las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, y con el fin de adecuarse a las exigencias de la Sala Especial de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo (Auto de 16 de octubre de 1986).

Sin entrar en esta ocasión en un análisis detallado del Texto Articulado, por tratarse de una materia que exigiría un estudio pormenorizado e independiente, y que por tanto, dejamos para un próximo trabajo, podemos señalar, ahora, cuales han sido los principales objetivos, en esencia, de la reforma del procedimiento laboral perseguidos por el legislador. Estos serían los siguientes:

1. Adaptación a la nueva organización jurisdiccional, configurada por la

Ley Orgánica del Poder Judicial y por la Ley de Demarcación y Planta Judicial, derivada de lo establecido en el art. 123 de nuestra Constitución, que proclama el carácter superior del Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional Social.

2. Facilitar a los justiciables el derecho a recabar y obtener la tutela judicial efectiva, para lo cual se ha procurado incorporar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del procedimiento laboral.

3. Ajustar la legislación procesal a los requerimientos que derivan de la legislación sindical, y en particular de los postulados dimanantes de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

4. Regulación de las ejecuciones, aportando soluciones novedosas, con las que se confía agilizar y hacer efectiva la tutela judicial (así, con la acumulación de ejecuciones).

5. Prescindir de formalismos innecesarios, de suerte que la regla general es ahora que todo lo que es subsanable se puede subsanar.

6. Respeto al principio de igualdad procesal, introduciendo medidas correctoras que restablezcan el desequilibrio entre empresario y trabajador.

7. Fortalecer las competencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, evitando una sobrecarga de asuntos en el Tribunal Supremo que puede hacer peligrar la reforma judicial, organizativa y procesal.

#### TEXTO LEGAL

«BOE» NUM. 88, DEL DIA 13 DE ABRIL DE 1989

Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

#### EXPOSICION DE MOTIVOS

##### I

Cumpliendo con el mandato constitucional formulado en el artículo 122 de la Constitución, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha venido a regular el conjunto de órganos a los que el propio texto constitucional encomienda, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional

en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Dentro de los plurales contenidos de la referida Ley, especial relevancia tiene la estructura orgánica judicial en la que, con respecto a la situación existente, se introducen innovaciones importantes, obedientes todas ellas al objetivo de poner a punto una red de órganos judiciales acorde a los requerimientos constitucionales. Como no podía ser de otro modo, también la estructura de los órganos del orden jurisdiccional social experimenta notables modificaciones. Primeramente, y como obligado corolario del principio de unidad jurisdiccional, los Jueces y Tribunales de este orden pasan a integrarse en plenitud en la organización judicial. En segundo lugar, se plantan nuevos órganos judiciales colegiados –Salas de lo Social en los Tribunales Superiores de Justicia y en la Audiencia Nacional– se adecúa de denominación de los unipersonales –Juzgados de lo Social– y se reordenan las relaciones entre los diversos niveles orgánicos. En tercer lugar, en fin y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 123 de la Constitución, se configura al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior.

Los cambios que la Ley Orgánica del Poder Judicial introduce en la organización del orden jurisdiccional social afectan a la ordenación del proceso laboral, pues es notoria la vinculación entre los aspectos orgánicos y competenciales y las reglas a las que los justiciables han de atenerse en el acceso a la prestación jurisdiccional. De ahí que la Ley Orgánica del Poder Judicial habilitara al Gobierno para que aprobara un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

El dictado de una nueva Ley rituarial laboral no sólo obedece, sin embargo, a la necesidad de acomodar el proceso de la reforma operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en la estructura judicial. Con ello se ha pretendido, al tiempo, lograr la más ajustada realización práctica del derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva. Para ello se han tenido en cuenta los criterios que sobre el contenido de ese derecho con garantía constitucional ha elaborado el Tribunal Constitucional, que, en el ejercicio de su función de intérprete supremo de la Constitución, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la conformidad o disconformidad del vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral al texto constitucional. La legislación procesal tampoco puede ignorar –y se trataría del último de los motivos que obligan a la promulgación de un nuevo texto de procedimiento laboral– los muy importantes cambios normativos habidos en la configuración de los sujetos colectivos y en la definición de sus funciones representativas.

La presente Ley de Bases de Procedimiento Laboral viene a satisfacer, con lo dicho, un triple objeto: adecuar el proceso laboral a la nueva estructura judicial, que la Ley Orgánica del Poder Judicial diseña y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial concreta y desarrolla, facilitar a los justiciables el disfrute de su derecho a recabar la tutela judicial efectiva en térmi-

nos acordes con los imperativos constitucionales y ajustar la legislación procesal a los requerimientos provenientes de la legislación sustantiva, laboral y sindical.

## II

Desde la creación y puesta en funcionamiento de los primeros Tribunales de Trabajo (los Tribunales Industriales de 1908), el proceso laboral se ha regido por los principios de oralidad, celeridad, intermediación y gratuidad, que es total para los trabajadores en cognición. Con unos u otros matices, los diversos textos procesales que se han ido sucediendo en el tiempo han recogido tales principios. Si a ello se adiciona la tradicional relajación en el ámbito de la jurisdicción laboral de las reglas sobre postulación, se puede afirmar sin temor a errar que las pretensiones de que han conocido los órganos judiciales del orden jurisdiccional social se han sustanciado en un proceso calificable en términos generales, como ágil, rápido, formalista en lo imprescindible y que ha facilitado el acceso a la prestación jurisdiccional. El derecho adjetivo ha tendido así a adecuarse a las exigencias del derecho sustantivo, esto es, a las reclamaciones que ventilan los Jueces y Tribunales laborales, la mayoría de las cuales atienden a necesidades vitales de los justiciables (salarios, despido, pensiones de Seguridad Social, por poner ejemplos significativos).

La Ley mantiene la experiencia procesal acumulada, que se ha manifestado funcional a la exigencia constitucional de un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. Así, la base 16.1 enuncia como principios del proceso de intermediación, la oralidad, la concentración y la celeridad. Así, también, la base 7.1 autoriza a las partes a comparecer por sí mismas y a defenderse o a conferir su representación a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Así, igualmente, la base 7 declara el carácter facultativo en los procesos de instancia de la defensa por Abogado, reiterando un criterio ya tradicional en nuestro ordenamiento. Así, en fin, la base 9 consagra el beneficio de justicia gratuita para los trabajadores y para quienes, no teniendo esa condición, acrediten insuficiencia de recursos.

Aparte de ello y en esa misma perspectiva de llenar de contenido el mandato constitucional, la Ley ha prestado un especial cuidado al tratamiento del principio de igualdad procesal, al que hay constantes y expresas alusiones a lo largo del articulado del texto (bases 7.2, 10.3 y 13.2). Este principio, sin embargo, ha de ser entendido no de manera aislada, sino en conexión con la naturaleza del ordenamiento laboral, que se caracteriza por un sentido compensador e igualador de las desigualdades que subyacen a las posiciones de trabajador y empresario. La igualdad procesal no puede así concebirse como absoluta, debiendo incorporar la ordenación del proceso ciertas disparidades que se asientan, como en su día señaló la sentencia del

Tribunal Constitucional 3/1983, «sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula» (F.J., 2.º, párrafo 4.º). Tal es el tratamiento que subyace a la regulación de aspectos tales como la competencia territorial o la ejecución de sentencias.

La garantía del derecho de defensa es otro de los ejes que ha guiado la elaboración del texto procesal, habiéndose incorporado las enseñanzas de la jurisdicción constitucional. En tal sentido y en un aspecto tan sensible a la indefensión como es la comunicación de los órganos judiciales con las partes, la base 13.2 ordena que los actos de comunicación se regulen garantizando el derecho de defensa. A este mismo criterio obedece la base 18, que aporta alguna novedad procesal. En la legislación actual, la contestación a la demanda se efectúa en el curso del juicio actual, pudiendo el demandante ratificar o ampliar la demanda bien que sin introducir variaciones sustanciales en la misma, y el demandado alegar cuantas excepciones estime pertinentes, así como, incluso, formular reconvencción. La experiencia viene demostrando que, cuando el demandado reconviene, se producen situaciones de indefensión para el demandante. El hecho es tanto más serio cuanto que éste puede no contar con la asistencia técnica de Abogado y no poseer, por lo mismo, la pericia necesaria para responder a la reconvencción promovida. Para evitar esas situaciones, la base 19.1 veda al demandado reconvenir de modo sorpresivo. Se admite la posibilidad de formular reconvencción, bien que condicionándola a su previo anuncio en el trámite de conciliación extrajudicial o en la contestación a la reclamación. Es evidente, por lo demás, que la medida cumple una función correctora o compensadora, habiéndose procurado el que las normas procesales tomen razón de la situación de hecho de las partes.

Especial cuidado se ha tenido igualmente en la regulación de las formas procesales. Las formas cumplen, desde luego, una importante función, pero una función instrumental o derivada al logro de los intereses y valores a que todo proceso sirve. Desde el momento en que el proceso laboral sirve intereses vitales para un elevado número de ciudadanos, su regulación ha de prescindir de formalismos innecesarios, asegurando así la mayor accesibilidad a la justicia. Tales son los criterios que informan la Ley y que pueden verse reflejados, entre otras, en las bases 10.1 (subsanción y convalidación de actos procesales), 17.3 (deber del Juez de advertir a las partes los defectos u omisiones de la demanda), 19.2 (medios de prueba) y 31.1 (tramitación de los recursos de suplicación y casación, con subsanción de los defectos corregibles).

### III

Como ya se ha señalado, la Ley pretende adecuar la legislación procesal a la nueva organización judicial establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este texto legislativo, sin embargo, no brinda siempre y para todos los casos respuestas cerradas; a veces opera como referente normativo mediato. La idea ya fue recogida en su exposición de motivos, en la que se señala que esta Ley «es solamente una de las normas que, en unión de otras muchas, tiene que actualizar el cuerpo legislativo español y adecuarlo a la realidad jurídica, económica y social». Una de esas normas habría de ser, desde luego, la Ley Procesal Laboral. Obediente al objetivo de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, la Ley se hace eco, al establecer los criterios que rigen la competencia funcional de los órganos que conocen de las pretensiones laborales, de los requerimientos en favor de una justicia que se administre de manera rápida, eficaz y con proximidad al ciudadano.

En tal sentido, los Juzgados de lo Social se configuran como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos. De un lado, se cumple, y en términos rigurosos, la previsión contenida en el artículo 152.1, párrafo 3.º, de la Constitución; de otro, se fortalece la función casacional del Tribunal Supremo.

La planta de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución a los mismos de los recursos de suplicación ha de ordenarse en modo tal que queda asegurada la unificación de jurisprudencia que el respeto a los principios de unidad jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la ley exigen. A ello responde el recurso especial de casación para unificación de doctrina, que en modo alguno es un continuo del actual recurso en interés de la Ley de que conoce el Tribunal Supremo contra sentencias dañosas o erróneas dictadas por el Tribunal Central de Trabajo. Como especialidad más destacada de este recurso, cabe citar el que su estimación produce efectos sobre las situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida.

Novedad significativa en la ordenación de los recursos que la Ley contempla es la posibilidad de abrir un trámite de inadmisión. La finalidad perseguida es la de descargar de recursos vacíos de contenido a los órganos judiciales superiores y, por lo mismo, facilitar respuestas judiciales rápidas, que son presupuesto del derecho a la tutela judicial efectiva.

### IV

La Constitución, en su artículo 7, ha consagrado la libertad sindical, atribuyendo una especial relevancia a los sindicatos y asociaciones empresariales, habiendo elaborado el Tribunal Constitucional una cuidadosa jurisprudencia.

dencia sobre el particular. En este sentido, reiteradas sentencias (51/1982 y 37/1983, entre otras) han señalado que la función de los sindicatos no sólo consiste en representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación privada, sino en defender los intereses de los trabajadores en su generalidad. Se trata, en palabras del propio Tribunal Constitucional, del ejercicio de una «representación institucional».

En este contexto, la legislación procesal ha de tomar nota de la relevancia de los grupos sociales organizados y arbitrar aquéllas medidas que permitan a los sindicatos y a las asociaciones empresariales el ejercicio de las funciones que les son propias. A ello responden las previsiones contenidas en la base 6, que reconoce a sindicatos y asociaciones empresariales una legitimación «*ad processum*» para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, en expresión ceñida al texto constitucional, así como, y en un ámbito más específico, las de la base 27 que les concede una legitimación para promover conflictos colectivos y, señaladamente, la previsión contemplada en la base 7.4, que atribuye a los sindicatos la actuación en juicio en nombre e interés de los trabajadores, defendiendo sus derechos individuales.

La Ley, de otro lado, recoge y ordena los procesos contemplados por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical: el de impugnación de los estatutos de los sindicatos y el de tutela de los derechos de libertad sindical, que se configura como procedimiento sumario y preferente, y que puede ser indicado, además de por un trabajador individual, por el sindicato que sufra la lesión. Haya sido o no vulnerado en su derecho, cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo puede personarse en estos procesos en calidad de coadyuvante.

Por lo demás, para concluir con el enunciado de novedades en este capítulo, ha de mencionarse la remodelación del proceso sobre impugnación de convenios colectivos; la Ley procura dar respuesta a los problemas que su concreta aplicación ha venido suscitando. Se acogen, al respecto, orientaciones jurisprudenciales consolidadas.

## V

La plena integración de los órganos del orden jurisdiccional social en una estructura judicial relativamente uniforme ha de tener, lógicamente, reflejo en la legislación procesal. Desde este punto de vista la Ley ha buscado aproximar la regulación procesal laboral a la civil, allí donde tal aproximación era posible. La ordenación del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba, así como de los recursos contra providencias y autos, son buenos ejemplos de esa tendencia.

Pero en la Ley late, al tiempo, otra tendencia uniformadora y que se manifiesta en potenciar el proceso común, manteniendo sólo las imprescin-

dibles especialidades procesales. Ello redundará, de seguro, en una mejor y más eficaz realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

El texto ha cuidado especialmente la regulación de las ejecuciones, aportando soluciones novedosas, con las que se confía agilizar y hacer efectiva esta capital manifestación del derecho a la tutela judicial. Así y por lo pronto se prevé la acumulación de títulos ejecutivos contra un mismo deudor en los casos en que se tramiten tanto ante un mismo órgano judicial como ante órganos de la misma o de distinta circunscripción (bases 11.5 y 11.6). En este último supuesto, se ha optado, en aras de los principios de seguridad y economía, por atribuir las facultades de decretar la acumulación y tramitar la ya acordada al órgano que hubiere iniciado con anterioridad la ejecución. Para estos casos, que tienen una evidente afinidad con los procesos de ejecución general, el texto prevé la aplicación del principio de la «*par conditio creditorum*» dentro del respeto a las preferencias de crédito legalmente establecidas, siguiendo soluciones de proporcionalidad y no de prioridad temporal cuando los bienes del deudor resulten insuficientes para satisfacer las obligaciones de los distintos acreedores (base 39.2). La base 38, de su lado, consagra legalmente la práctica, ya conocida en alguna circunscripción judicial, de asignar a un solo Juzgado de lo Social, de entre los varios que hubiere, el conocimiento de la ejecución de las sentencias dictadas por los Juzgados de la misma circunscripción. La base 40, en fin, mantiene, respecto de la ejecución provisional de sentencias, reglas ya conocidas desde antiguo en nuestra legislación procesal, extendiendo el principio de ejecutoriedad de las sentencias no firmes a los procesos de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de los derechos de libertad sindical.

## VI

Hasta tanto en cuanto no se dicte por el Gobierno el Decreto Legislativo que articule las Bases de Procedimiento Laboral contenidas en la presente Ley, la competencia funcional de los órganos de orden jurisdiccional que conocen de los recursos extraordinarios de casación y de suplicación va a seguir sometida a las reglas que tradicionalmente han regido esta materia. Estas reglas responden, en términos generales, a criterios cuantitativos, de suerte que es la cuantía litigiosa el factor determinante tanto de la recurribilidad de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social como del acceso a uno u otro recurso extraordinario. En concreto, los artículos 153 y 166 de la aún vigente Ley de Procedimiento establecen dichas cuantías, debiendo reseñarse que la que marca el límite para recurrir en casación o en suplicación, cifrada en 1.000.000 de pesetas, ha permanecido inalterable desde 1978.

La depreciación de la moneda, unida al formidable incremento de la litigiosidad laboral y a la nueva estructura de la organización judicial, aconsejan una reforma de los artículos 153 y 166 de la Ley Procesal Laboral,

modificando las cuantías de acceso a los recursos de suplicación y casación laboral. Tres son los objetivos inmediatos que persigue la reforma: unificar la casación laboral con la casación civil; propiciar una administración de justicia más rápida y más próxima al justiciable, fortaleciendo las competencias que transitoriamente han de asumir las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, y, en fin, facilitar al Tribunal Supremo que la asunción de las nuevas competencias que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye y que se harán efectivas al aprobarse el texto articulado de la presente Ley de Bases se efectúa en las condiciones más eficaces. Una sobrecarga de asuntos en el Tribunal Supremo puede hacer peligrar la reforma judicial, organizativa y procesal, emprendida, lo que en definitiva, redundaría en el derecho de los justiciables a obtener una tutela judicial rápida y sin dilaciones.

A estos objetivos sirve la reforma de los artículos 153 y 166 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, así como las medidas de aplicación transitoria, que, por una parte, no privan del derecho a recurrir en suplicación a quienes lo tenían reconocido al momento de dictarse la resolución de instancia, y, por otra, responden de manera inequívoca a los designios de acelerar los recursos pendientes sin merma de las garantías jurídicas, y de hacer efectivo el principio de economía procesal. Por lo demás, es evidente que el artículo 2.º, bien que incardinado en una Ley de Bases, tiene una fuerza normativa directa e inmediata, no precisando de ninguna interposición para su aplicación.

#### *Artículo primero*

Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, con audiencia de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, y previo informe del Consejo General del Poder Judicial y dictamen del Consejo de Estado, apruebe, en el plazo de un año, el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral que derogará el vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, con arreglo a los principios y criterios que resultan de las siguientes bases:

### TITULO I Del ejercicio de la jurisdicción

#### BASE PRIMERA Jurisdicción

1. Corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las que legalmente se le atribuyan.

2. Los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social conocerán, en todo caso, de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

a) En materia de Seguridad social.

b) Entre los asociados y sus Mutualidades, o entre estas Entidades sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus obligaciones específicas y derechos de carácter patrimonial relacionados con los fines y obligaciones propios de esas Entidades.

c) Contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

d) Sobre responsabilidades del Fondo de Garantía Salarial previstas en la legislación laboral.

e) Entre las sociedades cooperativas o anónimas laborales y sus socios, de conformidad con lo previsto en sus legislaciones respectivas.

3. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral ni de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recuadoratoria, ni de la tutela de los derechos de libertad sindical relativas a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el artículo 1.3. a), de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

## BASE SEGUNDA

### Competencia

1. La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social es improrrogable. Los Juzgados y Tribunales examinarán de oficio su propia competencia y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio fiscal.

2. La competencia territorial de tales órganos se determinará por el lugar de la prestación de servicios o por el domicilio del demandado, a elección del demandante, estableciéndose las siguientes reglas especiales:

a) En los casos en que la prestación de servicios se realice en lugares de distinta circunscripción, será órgano competente, a elección del demandante, el de cualquiera de ellos en que tenga su domicilio el trabajador, o el del contrato si, hallándose en él el demandado, pudiera ser citado.

b) En los procesos electorales la competencia se determinará por el lugar de situación de la empresa o centro de trabajo. Si los centros están situados en municipios distintos, en que ejerzan jurisdicción Juzgados diferentes, con unidad de comité de empresa, será competente el Juzgado del lugar donde esté constituida la Mesa electoral.

c) En los conflictos colectivos e impugnación de los convenios colectivos se atribuirá la competencia de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Iguales reglas regirán en los procesos de tutela de los

derechos de libertad sindical, con referencia entonces al ámbito territorial en que el derecho sindical fue infringido.

d) Los procesos de impugnación de los estatutos de los sindicatos en constitución o de su modificación se seguirán ante el Juzgado del domicilio de los mismos o ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional, según cual sea el ámbito territorial de la actuación del sindicato.

3. Se regulará la atribución de la competencia territorial en los casos en que existan varias Salas de lo Social en distintas sedes, dentro del ámbito de una Comunidad Autónoma.

4. La competencia funcional de los órganos jurisdiccionales del orden social se establecerá de conformidad con lo prevenido en la presente Ley y en las restantes leyes de aplicación.

### **BASE TERCERA**

#### **Conflictos y cuestiones de competencia**

1. Los conflictos de competencia, positivos y negativos, se regularán de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2. El régimen de las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social tenderá a uniformarse con el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso, las declinatorias se propondrán como excepciones perentorias y serán resueltas previamente en la sentencia, sin suspender el curso de los autos.

### **BASE CUARTA**

#### **Cuestiones prejudiciales**

1. Las cuestiones previas o prejudiciales serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso.

2. Las cuestiones prejudiciales penales sólo suspenderán el plazo para emitir el fallo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictar sentencia.

## **TÍTULO II**

### **De las partes procesales**

### **BASE QUINTA**

#### **Capacidad procesal**

1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho

que legalmente no precisen para la celebración del contrato de trabajo autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo o que la hubieran obtenido de éstos tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo.

3. Por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho.

4. Por las personas jurídicas comparecerán las personas que legalmente les representen.

### **BASE SEXTA** **Legitimación procesal**

1. Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las Leyes.

2. Los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

3. Se establecerán reglas especiales de legitimación en los procesos sobre impugnación de convenios colectivos y conflictos colectivos, tutela de los derechos de libertad sindical e impugnación de los estatutos de los sindicatos, debiéndose garantizar la comparecencia de los representantes, de los trabajadores y empresarios que invoquen y acrediten un interés legítimo.

### **BASE SEPTIMA** **Representación y defensa**

1. Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a Procurador, Graduado Social o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario judicial o por escritura pública.

2. La defensa por Abogado tendrá carácter facultativo en los procesos de instancia, debiendo garantizarse, en todo caso, el principio de igualdad de las partes.

3. El texto articulado establecerá reglas especiales de representación cualificada en los procesos que afecten a una pluralidad de trabajadores.

4. Los sindicatos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos, defendiendo sus derechos individuales, en los casos y en las condiciones que se determinen, que deberán respetar la voluntad del trabajador.

5. La representación y defensa del Estado y de sus Organismos Autónomos

mos, de los Organos Constitucionales, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales y demás Entidades públicas se registrarán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y demás normas de aplicación.

6. La representación y defensa de las Entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderán a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que para casos determinados pueda ser aplicado lo previsto en el apartado 1 de esta base o designarse Abogado al efecto.

#### **BASE OCTAVA**

##### **Intervención y llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial**

1. El Fondo de Garantía Salarial tendrá acceso, en cualquier fase o momento de su tramitación, a aquellos procesos en que acredite un interés legítimo, sin que la intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

2. En los supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, se citará al Fondo y se le dará traslado de la demanda, a fin de que este pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en derecho.

3. Las declaraciones de insolvencia empresarial se dictarán previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.

4. En los procedimientos seguidos contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo del artículo 33 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente y en las que se haya fundamentado la resolución del mismo harán fe, salvo prueba en contrario.

#### **BASE NOVENA**

##### **Beneficio de justicia gratuita**

1. Los trabajadores, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, y quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar y hubieren obtenido el oportuno reconocimiento judicial, así como todos los que tengan reconocido este derecho por alguna disposición del Estado o por los Organismos competentes según los Convenios que formen parte del ordenamiento interno, disfrutarán del beneficio de justicia gratuita.

2. El reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente se efectuará por el órgano judicial a quien corresponda el conocimiento del asunto principal, sin suspensión de éste, por los trámites del juicio oral.

## BASE DECIMA

### Deberes procesales

Se regularán como deberes procesales:

1. El rechazo del oficio de las peticiones dilatorias o que entrañen manifiesto abuso de derecho; la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial y la subsanación y convalidación de los actos procesales sanables.
2. La intervención activa del Juez o Tribunal en todas las fases del proceso.
3. La actuación de las partes con arreglo a los principios de veracidad y probidad, garantizándose durante el curso de las actuaciones la igualdad entre ambas.

## TITULO III

### Objeto del proceso

## BASE UNDECIMA

### Acumulación

1. La acumulación de acciones responderá a criterios de conexión y economía.
2. El actor podrá acumular en una demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos. Se determinarán las acciones no acumulables a otras, declarándose en todo caso como tales las de despido, las de extinción del contrato en trabajo de los artículo 50 y 52 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, las reclamaciones en materia de Seguridad Social que no tengan una misma causa de pedir, las que versen sobre materia electoral y las de tutela de los derechos de libertad sindical.
3. Se establecerán los casos en los que el Juzgado o Tribunal pueda acordar, de oficio o instancia de parte, y antes de la celebración de los actos de conciliación o juicio, la acumulación de autos.
4. Los Tribunales podrán disponer, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento y previa audiencia de los comparecidos, la acumulación de recursos en los que exista identidad de objeto.
5. En las ejecuciones y de sentencias y demás títulos ejecutivos contra un mismo deudor y ante un mismo órgano podrá disponerse de oficio o a instancia de parte la acumulación de las mismas.
6. Igual regla regirá en las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor y ante órganos distintos de la misma o de diversa circunscripción. La acumulación podrá se decretada por el órgano que haya iniciado con anterioridad la ejecución, a quien también corresponderá, en los términos que se establezcan, adoptar cuantas medidas sean necesarias para la efectividad de las ejecuciones acumuladas.

**TITULO IV**  
**Actos procesales**

**BASE DUODECIMA**  
**Actuaciones procesales**

1. Las actuaciones procesales se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su ejecución. Transcurridos éstos el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda.

2. Salvo los plazos señalados para dictar resolución judicial, todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables.

3. Las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los registros dependientes de los órganos pertenecientes al orden jurisdiccional social. Se podrán determinar excepciones, regulando sus requisitos.

4. Las actuaciones serán autorizadas por el Secretario, debiendo practicarse en días y horas hábiles.

5. Se determinarán aquellas actuaciones procesales que, por su repercusión social o perentoriedad, tengan carácter urgente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

6. Se fijarán los plazos dentro de los cuales han de realizarse actuaciones, y dictarse las resoluciones.

**BASE DECIMOTERCERA**  
**Actos de comunicación**

1. Los actos de comunicación de los órganos jurisdiccionales se practicarán en el mismo día de la fecha o de la publicación de la resolución que lo motive, o en el siguiente hábil.

2. Los actos de comunicación se regularán en forma que se garanticen el derecho a la defensa y los principios de igualdad y contradicción. Habrán de practicarse por los medios más rápidos y eficaces que permitan la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma.

**TITULO V.**  
**Evitación del proceso**

**BASE DECIMOCUARTA**  
**Conciliación previa**

1. Como requisito previo para la tramitación del proceso, se establecerá la obligatoriedad de un acto de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones. La representación de solicitud de conciliación previa suspenderá los plazos de caducidad

de las acciones, durante el período que se establezca, e interrumpirá la prescripción.

2. Se exceptuarán de este requisito los siguientes procesos: los que exijan la reclamación previa en vía administrativa, los que versen sobre seguridad social, los relativos a disfrute de vacaciones y a material electoral, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos de libertad sindical y aquellos otros que se determinen.

3. La asistencia al acto de conciliación es obligatoria para los litigantes. La incomparecencia del demandado que resulte vencido en juicio podrá motivar la imposición de la sanción a que se refiere la base 20.3.

4. Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal.

#### **BASE DECIMOQUINTA** **Reclamación previa a la vía judicial**

1. Para poder demandar al Estado, Entidad gestora o Servicio común de la Seguridad Social y demás Entes públicos, será necesario haber reclamado previamente en vía administrativa.

2. Se exceptuarán de este requisito los procesos siguientes: los relativos a disfrute de vacaciones y a materia electoral, los indicados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de tutela de los derechos de libertad sindical, las reclamaciones dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y aquellos otros que se determinen.

3. La parte demandada que no hubiera contestado a la reclamación previa, no podrá fundar su oposición en hechos distintos de los aducidos en el expediente administrativo, si lo hubiere, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad.

4. La reclamación previa suspende los plazos de caducidad de las acciones e interrumpe la prescripción.

#### **TITULO VI** **Proceso ordinario**

#### **BASE DECIMOSEXTA** **Principios del proceso ordinario**

1. Se regulará un proceso común, inspirado, en todo caso, en los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad.

2. Se regularán las actuaciones preparatorias del juicio oral que tengan por objeto la realización de diligencias preliminares.

3. El órgano jurisdiccional tendrá facultad para anticipar la práctica de aquellas pruebas que no se puedan efectuar en el acto del juicio.

4. Se arbitrarán medidas tendentes a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y asegurar la efectividad de la resolución judicial.

#### **BASE DECIMOSEPTIMA**

##### **Demanda**

1. El proceso ordinario se iniciará por demanda escrita que contendrá los extremos, alegaciones y peticiones que para cada supuesto se determinen.

2. Se precisarán los casos en que el inicio del proceso pueda tener lugar en virtud de comunicación de la autoridad competente.

3. El Juez o Tribunal advertirá a la parte demandante o a la autoridad los defectos u omisiones de la demanda, a fin de que puedan subsanarlos en el plazo que se fije.

4. Admitida la demanda, se señalará para los actos de conciliación y, en su caso, de juicio. Se regularán en plazo dentro del que se efectuarán los señalamientos y las causas que puedan dar lugar a la suspensión de los actos de conciliación y juicio.

#### **BASE DECIMOCTAVA**

##### **Conciliación judicial**

1. Comparecidas las partes el día y hora señalados para el juicio, el órgano jurisdiccional las exhortará para que lleguen a un acuerdo.

2. El acuerdo se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de la sentencia.

3. De no alcanzarse acuerdo o de estimar el órgano jurisdiccional que lo conenido es constitutivo de una lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, ordenará la apertura del juicio.

4. También podrá aprobarse el acuerdo en cualquier momento antes de dictarse sentencia.

#### **BASE DECIMONOVENA**

##### **Juicio oral**

1. En el acto del juicio, las partes expondrán oralmente sus pretensiones. El demandante no podrá introducir variaciones sustanciales en la demanda ni el demandado formular reconvencción, salvo que la hubiera anunciado en la conciliación previa o en la contestación a la reclamación previa. Los hechos de la demanda serán admitidos o negados expresamente por el demandado.

2. Se regularán los medios de prueba con criterios de adaptación al objeto del proceso laboral, eliminando formalismos y procurando la máxima eficacia. La confesión de las partes y el interrogatorio de los testigos que formularán verbalmente bajo la dirección del órgano jurisdiccional. No será de aplicación la insaculación de peritos ni la tacha de testigos. Se admitirán como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, salvo que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, en violación de derecho y libertades fundamentales.

3. Se admitirán las pruebas que se declaren pertinentes, disponiendo el órgano jurisdiccional sobre la práctica de aquéllas que, siendo indispensables, requieran la traslación del mismo.

4. En aquellos procesos en los que el demandante alegue discriminación por razón de sexo, corresponderá siempre al demandado la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a través de los medios de prueba que considere convenientes.

5. Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones, determinando, en su caso, las cantidades líquidas objeto de petición de condena.

6. Del acto del juicio se levantará la oportuna acta y se entregará copia a las partes.

7. El órgano jurisdiccional podrá acordar la práctica de cualquier diligencia para mejor proveer, con suspensión del plazo para dictar sentencia y dando intervención a las partes. Contra la providencia que lo acuerde no se dará recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra la sentencia definitiva.

## BASE VIGESIMA

### Sentencia

1. El Juez o Tribunal dictará sentencia que se publicará de inmediato y notificará a las partes y en la que se declararán expresamente los hechos que se estimen probados de entre los que se hayan debatido. Si quien presidió el acto del juicio no pudiera dictar sentencia por causa justificada, deberá celebrarse aquél nuevamente.

2. Se establecerán los casos en que el órgano jurisdiccional pueda dictar oralmente la sentencia. Si las partes, conocido el fallo, expresaren su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia.

3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad, una sanción en forma de multa pecuniaria, cuya cuantía máxima fijará el Texto Articulado. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los Abogados.

4. Se establecerán los plazos máximos en que deben ser dictadas y notificadas las sentencias a las partes.

## TITULO VII Modalidades procesales

### BASE VIGESIMOPRIMERA Despidos y sanciones

1. La demanda contra el despido o sanción deberá formularse dentro del plazo de caducidad de veinte días: No caducará la acción de despido si en el juicio se acreditará el error al atribuir a otro la condición de empresario. En este caso el cómputo del plazo de caducidad correrá a partir del momento en que conste quien sea el empresario.

2. No se admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de despido o de sanción.

Se practicarán en primer lugar las pruebas propuestas por la parte demandada y el trámite de conclusiones se evacuará en el mismo orden.

3. El Juez calificará el despido de procedente, improcedente o nulo, de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

4. Contra las sentencias por sanciones distintas al despido no cabrá recurso, salvo en los casos por sanciones de faltas muy graves, apreciados judicialmente.

5. Los despidos y sanciones de los trabajadores afiliados a un sindicato sin dar audiencias a los Delegados sindicales, si los hubiere, serán calificados por el Juez como nulos.

6. En los despidos y sanciones de miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales, habrá de aportarse por la empresa el expediente contradictorio que exigen las leyes.

### BASE VIGESIMOSEGUNDA Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios de despido

1. El proceso se sustanciará ante el órgano jurisdiccional que haya conocido en la instancia del juicio de despido, una vez terminado éste por sentencia firme.

2. El Estado responderá de los salarios correspondientes a los períodos y en los supuestos que establezcan las leyes.

3. El juicio versará tan sólo sobre la procedencia y cuantía de la reclamación y no se admitirán pruebas encaminadas a revisar las declaraciones probadas de la sentencia de despido.

## **BASE VIGESIMOTERCERA**

### **Extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción**

1. La sentencia dictada en procesos de extinción del contrato por causas objetivas deberá contener la declaración de procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, que producirá iguales efectos que los señalados para el despido, con las singularidades establecidas en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

2. El órgano jurisdiccional que conozca el pleito, declarará nulo de oficio o a petición de parte, el acuerdo empresarial de extinción de contratos de trabajo por causas tecnológicas o económicas, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empleado si no se ha obtenido la previa autorización administrativa.

## **BASE VIGESIMOCUARTA**

### **Procesos por vacaciones, en materia electoral y sobre clasificaciones profesionales**

1. Los procesos relativos a fecha de disfrute de vacaciones y a materia electoral serán objeto de tramitación preferente.

2. Cuando el proceso verse sobre clasificación profesional, se acompañará a la demanda informe de los representantes legales de los trabajadores. El juez recabará informe de la Inspección de Trabajo.

3. Contra la sentencia que recaiga en cualquiera de los expresados procesos no se dará recurso alguno.

## **BASE VIGESIMOQUINTA**

### **Procesos de Seguridad Social**

1. En las demandas formuladas contra las Entidades gestoras o los Servicios comunes de la Seguridad Social se acreditará haber interpuesto la reclamación previa, salvo las excepciones que se determinen. Ninguna de las partes podrá alegar hechos distintos de los aducidos en el expediente administrativo.

2. Los Juzgados reclamarán de oficio a la Entidad gestora o a los Servicios comunes de la Seguridad Social, la remisión del expediente o su copia o de las actuaciones correspondientes. El texto articulado regulará las consecuencias de la no remisión del expediente o de las actuaciones en el plazo que se fije y la responsabilidades que de ello deriven.

3. Sean o no demandadas, las Entidades gestoras y los Servicios comunes, siempre que tengan interés en un proceso, podrán personarse en él y ser tenidas por parte.

4. Se regulará la revisión en vía judicial de los actos declarativos de derechos de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.

## BASE VIGESIMOSEXTA

### Procedimiento de oficio

1. El proceso laboral podrá iniciarse como consecuencia de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de actas de infracción de la Inspección de Trabajo en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados de los acuerdos de la autoridad laboral referidos en el artículo 51.5 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y de cualesquiera otros a los que se atribuya la cualidad de demanda.
2. Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del procedimiento harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.
3. El procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que no podrán autorizarse la confiliación cuando se hayan satisfecho todos los perjuicios causados por la infracción.
4. Las sentencias que recaigan se ejecutarán de oficio.

## BASE VIGESIMOSEPTIMA

### Conflictos colectivos

1. La legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos corresponderá a los sindicatos y asociaciones empresariales, así como a los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, con arreglo a lo establecido en la legislación laboral, y a los empresarios, siempre que cualquiera de ellos invoque y acredite un interés legítimo.
2. El proceso, que podrá iniciarse también mediante comunicación de la autoridad laboral al Juzgado o Sala competente, deberá ir precedido de un intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones.
3. El texto articulado establecerá reglas de representación cualificada en estos procesos.
4. La preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta, a salvo la protección jurisdiccional de los derechos de libertad sindical.
5. Contra las providencias y autos que se dicten no cabrá recurso, salvo la declaración inicial de incompetencia. La sentencia se comunicará también a la autoridad laboral.

## BASE VIGESIMOCTAVA

### Impugnación de convenios colectivos

1. Cuando la autoridad laboral considere que un convenio Colectivo conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio al Juzgado o a la Sala competentes.

2. Si fuesen los representantes de los trabajadores o empresarios afectados los que sostuviesen la ilegalidad o así lo invocaran directamente los terceros lesionados, y el convenio no hubiera sido aún registrado, instarán previamente a la autoridad laboral que curse al Juzgado o a la Sala su comunicación de oficio. Transcurrido el plazo que se señale sin obtener contestación o ante la negativa a cursar dicha comunicación, así como cuando el convenio se hubiera registrado, se podrá demandar por los trámites del proceso de conflictos colectivos. La legitimación para impugnar directamente la legalidad de un Convenio corresponderá tan sólo a los sindicatos, a los órganos de representación unitaria de los trabajadores o a las asociaciones empresariales interesadas.

3. Recibida la comunicación, el Juzgado o la Sala señalará día para el juicio, con citación al Ministerio fiscal, a quienes tuvieren la condición de partes firmantes del convenio colectivo impugnado y, en su caso, a quienes hubieren denunciado ante la autoridad laboral la ilegalidad o lesividad del convenio. Unos y otros, en su comparecencia a juicio, alegarán en primer término la postura procesal que adopten, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta. Cuando la impugnación procediera de la autoridad laboral y no hubiera denunciante, también será citado el Abogado del Estado.

4. La sentencia se comunicará a la autoridad laboral y cuando sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el periódico oficial en que aquél se hubiere insertado.

## BASE VIGESIMONOVENA

### **Impugnación de los Estatutos de los sindicatos o de su modificación**

1. Los promotores de los sindicatos en fase de constitución y los firmantes del acta de constitución de los mismos podrán impugnar las resoluciones de las oficinas públicas que rechacen el depósito de los estatutos de los sindicatos presentados para su publicidad.

2. El Ministerio fiscal y quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo, podrán promover la declaración de no ser conformes a Derecho los estatutos de los sindicatos en fase de constitución, así como impugnar la modificación de los estatutos de los sindicatos constituidos.

3. El Ministerio fiscal será siempre parte en estos procesos.

4. La sentencia deberá comunicarse a la oficina pública correspondiente y, en caso de ser estimatoria y tratarse de un proceso de los mencionados en el apartado 2, declarará la nulidad de las cláusulas estatutarias que no sean conformes a Derecho.

**BASE TRIGESIMA**  
**Tutela de los derechos de libertad sindical**

1. El proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, a que se refiere el artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, podrá promoverlo cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical.

2. El sindicato a que pertenezca el trabajador demandante y, en todo caso, cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo podrán personarse como coadyuvantes en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical.

3. *El procedimiento, sumario, será de tramitación preferente a todos los que sigan en el Juzgado o Tribunal y los recursos que se interpongan se resolverán por la Sala con igual preferencia.*

4. El Ministerio fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando las medidas necesarias para la depuración, en su caso, de las conductas delictivas.

5. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, se ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida en su caso la indemnización reclamada o la que procediera.

**TITULO VIII**  
**De los medios de impugnación**

**BASE TRIGESIMOPRIMERA**  
**Principios de ordenación**

1. El sistema de recursos se inspirará en el principio de doble grado de jurisdicción. El segundo grado se configurará a través de los recursos de suplicación y de casación.

2. Los trámites y formas de los recursos de suplicación y casación obedecerán a *criterios de sencillez y celeridad*. Se establecerá un trámite de subsanación de los defectos corregibles.

3. Las sentencias que resuelvan los recursos de suplicación y de casación impondrán las costas a la parte vencida, excepto cuando ésta goce del beneficio de justicia gratuita. Las costas incluirán los honorarios de los Abogados. El texto articulado fijará la cuantía máxima de dichos honorarios.

4. La regla establecida en el apartado anterior no se aplicará en los procesos sobre conflictos colectivos, en los que cada parte se hará cargo de

las costas causadas a su instancia. El Tribunal, no obstante, podrá imponer el pago de las costas a la parte que hubiere recurrido con temeridad.

#### **BASE TRIGESIMOSEGUNDA** **Recursos contra providencias y autos**

Contra las providencias y autos de los Jueces y Tribunales podrá interponerse recurso de reposición y de súplica, respectivamente. Contra el auto resolutorio de los mismos no se dará nuevo recurso, salvo en los supuestos excepcionales que se determinen, sin perjuicio de la responsabilidad civil que en su caso proceda.

#### **BASE TRIGESIMOTERCERA** **Recurso de suplicación**

1. Las sentencias que dicten los Juzgados de los Social serán recurribles en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la forma y en los casos que se determinen.

2. El objeto de la suplicación será limitado, extendiéndose sólo: A reponer los autos el estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión; a revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, y a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

3. Se establecerá un trámite de inadmisión. Serán motivos de inadmisión que el recurso incumpla de manera manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir que la Sala de lo Social del Tribunal competente hubiera ya desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales. La inadmisión requerirá previa audiencia del recurrente y resolución motivada.

#### **BASE TRIGESIMOCUARTA** **Recurso de casación**

1. Contra las sentencias dictadas en la instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional podrá interponerse recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en los casos que corresponda.

2. Los motivos de casación se reducirán a la infracción de norma sustantiva o de la jurisprudencia o de norma procesal causante de indefensión y al error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

3. La tramitación del recurso de casación laboral tenderá a uniformarse

con la que rige la casación civil. Se establecerá un trámite de inadmisión, cuyos motivos serán: Incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir; falta de contenido casacional de la pretensión y haberse ya desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales. La inadmisión del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse a alguno de ellos, requiriendo previa audiencia del recurrente y resolución motivada.

#### **BASE TRIGESIMOQUINTA**

##### ***Recurso de casación para la unificación de doctrina***

1. Las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia serán recurribles ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, cuando fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2. El recurso podrá interponerse dentro del plazo y con los requisitos que se determinen, cualquiera de las partes. También podrá interponerse el Ministerio fiscal, con emplazamiento de las partes.

3. Podrá inadmitirse el recurso cuando se incumplan, de manera manifiesta e insubsanable, los requisitos procesales para recurrir o cuando la pretensión carezca de contenido casacional, unificador de doctrina. La inadmisión requerirá un trámite de audiencia al recurrente y, en su caso, al Ministerio fiscal, y será motivada.

4. La estimación del recurso producirá efectos sobre las situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida. El pronunciamiento desestimatorio no alcanzará a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones contrarias precedentes.

#### **BASE TRIGESIMOSEXTA**

##### ***Depósitos y consignaciones para recurrir***

1. Se determinarán la cuantía, modalidades y destino de los depósitos y consignaciones necesarios para recurrir en suplicación y casación.

Dichos depósitos y consignaciones no podrán exceder del límite de responsabilidad que, sobre el importe de la condena, afecta al recurrente.

2. Los depósitos y consignaciones habrán de efectuarse en la forma que se determine. Los avales bancarios constituirán garantía suficiente para recurrir.

3. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir los depósitos y consignaciones que se establezcan.

## **BASE TRIGESIMOSEPTIMA**

### **Recurso de revisión**

Contra las sentencias firmes dictadas por los órganos del orden jurisdiccional social procederá el recurso de revisión. Se interpondrá ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y su tramitación tenderá a uniformarse con la que rige la revisión en el orden jurisdiccional civil.

## **TITULO IX**

### **Ejecución de sentencias**

## **BASE TRIGESIMOCTAVA**

### **Ejecución de sentencias**

1. La ejecución de las sentencias firmes que se iniciará a instancia de parte, en el plazo máximo que determinará el texto articulado, se llevará a efecto por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en instancia, dictándose de oficio las resoluciones necesarias. De esta regla quedan exceptuados los supuestos de acumulación a que se refiere la base 11.6.

2. Se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador.

3. Donde hubiere varios Juzgados de lo Social, se podrá establecer que uno de ellos asuma en exclusiva el conocimiento de la ejecución de las sentencias dictadas por los de la misma circunscripción.

## **BASE TRIGESIMONOVENA**

### **Contenido de la ejecución**

1. La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia, con las modalidades que, en materia de despido y en los demás casos que se prevean, puedan fijarse.

2. Cuando la ejecución de sentencias se tramite mediante la acumulación establecida en la base 11 se preverán, para el supuesto en que los bienes sean insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos, soluciones de proporcionalidad, con respeto, en todo caso, a las preferencias de crédito establecidas en las leyes.

## **BASE CUADRAGESIMA**

### **Ejecución provisional de sentencias**

1. Se establecerán las medidas necesarias para anticipar al trabajador la ejecución provisional de las sentencias recurridas que le hayan sido favorables y en las que se hubiere condenado al empresario al pago de una cantidad.

2. Las sentencias recurridas, condenatorias, al pago de pensiones de la Seguridad Social, serán ejecutivas quedando el condenado obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso.

3. Se garantizará la ejecución provisional de las sentencias recurridas que hubieren declarado la nulidad o improcedencia del despido o de decisiones extintivas de las relaciones de trabajo.

4. Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de convenios colectivos y en los de tutela de los derechos de libertad sindical serán ejecutivas desde que se dicten, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse.

## TITULO X Medidas transitorias

### BASE CUADRAGESIMOPRIMERA Medidas transitorias

Se establecerán reglas de aplicación temporal del nuevo procedimiento laboral, teniendo en cuenta, señaladamente, la constitución y asunción de competencias de los órganos jurisdiccionales del orden social establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, además, los siguientes criterios:

a) Los procesos que se inicien a partir de la entrada en vigor del texto articulado se regirán por sus normas.

b) Los procesos indicados con anterioridad a la entrada en vigor del texto articulado se regirán en la instancia en que se encontraren por las normas vigentes en el momento de su iniciación. Los recursos contra las resoluciones de instancia se regirán por las nuevas normas.

#### *Artículo segundo*

1. El artículo 153 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, queda redactado del modo siguiente:

#### *«Artículo 153*

Procederá el recurso de suplicación contra las sentencias no comprendidas en el artículo 166, dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa sea superior a 300.000 pesetas y no exceda de 3.000.000 de pesetas.

Será admisible también el recurso de suplicación en los siguientes casos, siempre que no sean susceptibles de recurso de casación:

Primero.- En los procesos por despido.

Segundo.- En las reclamaciones, acumuladas o no, que sin exceder de 300.000 pesetas la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de

trabajadores o beneficiarios, según se trate de reclamaciones salariales o de prestaciones de Seguridad Social, respectivamente.

Tercero.— En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social o del Subsidio de Desempleo.

Cuarto.— Contra las sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía no exceda de 300.000 pesetas, cuando tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento u omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la oportuna protesta en tiempo y forma legales.

Quinto.— Contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social que decidan cuestiones de competencia por razón de la materia, en los litigios que no excedan en su cuantía de 3.000.000 de pesetas, y por razón del lugar, siempre que, por su fondo, el asunto esté comprendido en el ámbito de este recurso.

Cuando el órgano competente para resolver el recurso de suplicación conozca de cuestiones de competencia por razón de la materia, deberá ser oído el Ministerio fiscal, que evacuará sus informes en el plazo de cinco días».

2. Se modifica el artículo 166 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, en los siguientes puntos:

Primero.— Se eleva a 1.500.000 pesetas la cuantía de 500.000 pesetas establecida en su número primero.

Segundo.— Se eleva a 3.000.000 de pesetas la cuantía de 1.000.000 de pesetas establecida en su número cuarto.

3. Lo dispuesto en el presente artículo entrará en vigor el mismo día de la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado», y se aplicará en tanto no tenga efectividad lo que se establezca en el nuevo Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

4. Para resolver las cuestiones de derecho transitorio a que pueda dar lugar la entrada en vigor del presente artículo se aplicarán las reglas siguientes:

Primera.— Las sentencias dictadas antes de la entrada en vigor del presente artículo que conforme a la legislación que modifica el mismo fueran susceptibles de ser recurridas en suplicación o en casación y que quedaran afectadas por dicha modificación, serán recurribles:

a) En casación, las que al momento en que se dictaron lo fueran por tal recurso y éste, aun no siendo ya procedentes después de la modificación establecida por este artículo, se hallara pendiente de resolución a la fecha de entrada en vigor del mismo ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, siempre que hubiera recaído providencia haciendo señalamiento para vista o para votación y fallo.

b) En suplicación, aquéllas que resolvieran reclamaciones de cuantía superior a 200.000 pesetas, aunque no excedieran de 300.000.

c) En suplicación, aquéllas no comprendidas en el apartado a), contra las que aun procediendo casación al momento en que fueron dictadas, fuera aquél el recurso que corresponda, después de la modificación establecida por este artículo.

Cuando los autos se hallaran aún en el Juzgado de lo social se advertirá a las partes del nuevo recurso procedente, contándose el plazo para su anuncio a partir del día siguiente al de la notificación de dicha advertencia.

Si, preparado el recurso de casación, las partes aún no se hubieran personado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo o, aun habiéndolo hecho, no se hubiera formalizado, se devolverán los autos al Juzgado de lo Social para que dé cumplimiento a lo establecido por el artículo 179 de la Ley de Procedimiento Laboral.

De haberse ya formalizado recurso de casación, continuará el trámite de impugnación y, transcurrido el plazo establecido al efecto, la Sala acordará la remisión de los autos y testimonio del recurso y de la impugnación, en su caso, al Tribunal competente para conocer del recurso de suplicación, previa notificación a las partes, para entender interpuesto e impugnado el recurso de suplicación. Del depósito constituido, en su caso, se remitirá al citado Tribunal el importe legalmente fijado para la suplicación y se devolverá el resto a quien lo hubiera constituido. La remisión de los autos al Tribunal competentes será comunicada por la Sala al Juzgado de lo Social de procedencia.

Segunda.— Lo dispuesto en las reglas anteriores se entenderá sin perjuicio de las modificaciones introducidas por el número 1 del presente artículo con relación a los supuestos en que procederá el recurso de suplicación atendiendo exclusivamente a la materia sobre la que verse el proceso, cualquiera que sea la cuantía del mismo. Dichas modificaciones sólo se aplicarán a las reclamaciones que sean resueltas en la instancia a partir de la entrada en vigor de este precepto.

Tercera.— Las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor del presente artículo se acomodarán a lo dispuesto en los apartados 1.º y 2.º del mismo respecto a los recursos procedentes.

#### DISPOSICION ADICIONAL **Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en lo no previsto por la presente Ley de Bases y su texto articulado.

#### DISPOSICION TRANSITORIA **Procedimientos ejecutivos**

1. Los Juzgados de lo Social reintegrarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 1990, las certificaciones de

descubierto por débitos a la Seguridad Social y, en su caso, las actas de liquidación de cuotas, cualquiera que sea el estado en que las mismas se encuentren, a efectos de que se inicie o continúe su ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social o por otros órganos de carácter administrativo.

2. Los actos y trámites realizados por las Magistraturas de Trabajo en los procedimientos ejecutivos promovidos en relación con las certificaciones y actas de liquidación que se devuelvan serán válidos en los nuevos procedimientos administrativos que se inicien o continúen.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el artículo 114 del texto articulado de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, en la atribución que en él se hace en favor de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, correspondiendo la resolución de los recursos a la Sala de lo Civil del referido Tribunal.

Por tanto,

Mando a todos los españoles y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 12 de abril de 1989.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

