

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 56

JULIO  
DICIEMBRE  
1990

# 57

ENERO  
JUNIO  
1991

TOMO I

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# Revista Española de Derecho Militar N<sup>os</sup> 56-57

## DIRECTOR

Don JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ FLORES, Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, General Consejeroogado.

## CONSEJO ASESOR

Don JOSÉ LUIS BERMÚDEZ DE LA FUENTE, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Don FRANCISCO BLAY VILLASANTE, General Consejero Togado, Fiscal Togado. Don JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO, Presidente de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Don FERNANDO LÓPEZ-OROZCO RODRÍGUEZ RIVAS, General Consejero Togado. Don EDUARDO MONTULL LAVILLA, General Consejero Togado, Presidente de la Comisión Liquidadora de la Dirección de Mutilados. Don BRUNO OTERO DEUS, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. Don MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Don JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL LOMBARDEO, General Consejero Togado, Asesor Jurídico del Cuartel General de la Armada. Don FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, General Consejero Togado, Magistrado del Tribunal Supremo.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Director

Don JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, General Auditor, Vocal Togado del Tribunal Militar Central.

### Miembros

Don AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO, Coronel Auditor. Don RICARDO FORTUN ESQUINO, Comandante Auditor. Don ANTONIO MILLÁN GARRIDO, Comandante Auditor. Don ANTONIO MOZO SEOANE, Teniente Coronel Auditor. Don MIGUEL SAENZ DE SAGASETA DE ILURDOZ, General Auditor. Don MIGUEL TORRES ROJAS, General Auditor.

## SECRETARIO

Don LUIS BERNARDO ÁLVAREZ ROLDÁN, Coronel Auditor.

## SECRETARIOS ADJUNTOS

Don JUAN MANUEL GARCÍA LABAJO, Comandante Auditor. Don PEDRO ARDUAN RODRÍGUEZ, Capitán Auditor. Don MANUEL ZAFRA RIASCOS, Capitán Auditor y Doña M<sup>a</sup> TRINIDAD RODRÍGUEZ-BURGOS AGUILERA, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología.

## CORRESPONSALES

Ministerio de Defensa: Don EMILIO FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, Comandante 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 EUSEBIO PERUCHO FRANCO, Teniente Coronel Auditor. R. M. Pirenaica O. Don JESÚS OTEA SALAS, Teniente 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 LÓPEZ, Comandante Auditor. Z. M. Medit. Don JOSÉ MANUEL CLAVER VALDERAS, Comandante Auditor. Z. M. Estrecho. Don JAVIER ÁLVAREZ-OSSORIO BENÍTEZ, Comandante Auditor. Z. M. Cantábrico. Don EUGENIO PEREIRA GONZÁLEZ, Comandante Auditor. Z. M. Canarias. Don JOSÉ FEDERICO DURET ARGÜELLO, Comandante Auditor.

1<sup>a</sup> R. A. Don JUAN MANUEL GARCÍA LABAJO, Comandante Auditor. 2<sup>a</sup> R. A. Don CARLOS MELON MUÑOZ, Capitán Auditor. 3<sup>a</sup> R. A. Don JULIÁN PEÑA PARADELA, Teniente Coronel Auditor. Z. A. Canarias. Don FERNANDO PARGA PÉREZ-MAGDALENA, Capitán Auditor.

## REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos  
C/Tambre, 35 - 28002 Madrid  
Teléfonos: (91) 411 74 63 - 411 39 64

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

**C/ Tambre, 35 - 28002 Madrid - Apartado oficial 28071**

**ROGAMOS NOS COMUNIQUEN LOS CAMBIOS O ERRORES EN SU DIRECCION**

**Precio de este número 1.000 ptas. (2 tomos)**

## **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 Militar 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 DE LOS NUMEROS 56 Y 57**

REVISTA española de derecho militar: 56, julio-dicbre. 1990, 57, enero-junio, 1991 / [Escuela Militar de Estudios Jurídicos] — Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, [1992] 2 v. ; 24 cm  
NIPO 076-92-024-2  
I. Escuela Militar de Estudios Jurídicos (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 Militar de Estudios Jurídicos

Edita: MINISTERIO DE DEFENSA  
Secretaría General Técnica

NIPO: 076-92-024-2

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Gráficas MAR-CAR, S. A.

Ulises, 95

28043 MADRID

# **INDICE GENERAL**

## **TOMO I**

### **I. DOCTRINA**

<b>1. ESTUDIOS</b> .....	11
1.1. «La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica». Don Francisco Fernández Segado .....	13
1.2. «El concepto de acto de servicio de armas en el orden penal». Don José Francisco Querol y Lombardero .....	63
1.3. «Problemática de los créditos documentarios y del arbitraje en la contratación administrativa». Don Agustín Corrales Elizondo .....	85

### **2. NOTAS**

2.1. «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar». Don Antonio Millán Garrido .....	119
2.2. «Las pensiones de orfandad en Régimen de Clases Pasivas Militares». Don Angel García Belda .....	135
2.3. «Las faltas leves en el Régimen Disciplinario Militar». Don Félix José Hidalgo Prado .....	167
2.4. «El principio de culpabilidad en el Derecho sancionador militar». Don Pedro Escribano Testaut .....	205

### **3. INFORMACION**

3.1. «El recurso Contencioso-Disciplinario Militar». Don José Jiménez Villarejo .....	285
3.2. «La sociedad civil y las Fuerzas Armadas». Ponencia presentada por el Grupo Español en el XII Congreso de la	

Asociación Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra.....	295
---	-----

## **II. TEXTOS**

### **1. LEGISLACION**

— El INVIFAS: Su regulación jurídica. Don José Luis Fernández Fernández.....	369
— Real Decreto 1751/1990, por el que se dictan normas en materias de viviendas militares .....	379
— Real Decreto 619/1990, por el que se modifica el Real Decreto 1/1987 que determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa .....	397
— Real Decreto 562/1990, Reglamento General de Ingreso en los Centros Docentes Militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo.....	399
— Real Decreto 1145/1990, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.....	417
— Real Decreto 1234/1990, por el que se regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar y a alumnos de los Centros docentes militares de formación. ....	423
— Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 .....	437
— Real Decreto 1385/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional .....	438
— Real Decreto 1622/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional .....	462
— Real Decreto 1637/1990, por el que se aprueban las Normas Reglamentarias de Integración de Escalas de las Fuerzas Armadas.....	489

## TOMO II

### 2. JURISPRUDENCIA

2.1. Jurisprudencia Constitucional. Don Antonio Mozo Seoane.....	507
2.2. Penal y Procesal Militar. Don Javier Sánchez del Río.....	523
2.3. Contencioso-Disciplinaria Militar. Don Javier Sánchez del Río .....	627
2.4. Contencioso-Administrativa. Don Emilio Fernández-Piñeyro Hernández.....	657

### 3. DOCUMENTACION

3.1. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española: Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.....	693
3.2. Información del C.I.C.R. sobre el estado de ratificación de los Convenios de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977.....	847

## III. VARIOS

### 1. RECENSION DE LIBROS

1.1. «Estudios de Derecho Penal y Criminología» (Homenaje al Profesor Rodríguez Devesa). Don Eduardo Montull Lavilla .....	859
1.2. «Derecho Disciplinario Militar» (José Rojas Caro). Don Antonio Millán Garrido .....	872
1.3. «Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XI. La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión» (varios autores). Don José Luis Bermúdez de la Fuente.....	878
1.4. «Ley de Enjuiciamiento Criminal» (comentada por Carlos Rodríguez Devesa y Germán Martínez Aznar). Don Ricardo Fortún Esquifino .....	882

1.5. «Sanciones administrativas» (José Suay Rincón). Don Félix José Hidalgo Prado.....	886
1.6. «Curso de Derecho Penal Militar Español» (Juan Felipe Higuera Guimerá). Don Antonio Millán Garrido.....	891
1.7. Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar. Don Luis Bernardo Alvarez Roldán .....	895
1.8. «La concepción de los Derechos Humanos en Juan Pablo II» (Estanislao Cantero Núñez). Don Gonzalo Muñiz Vega....	899

## 2. RECENSION DE REVISTAS

2.1. Documentación Administrativa (Instituto Nacional de Administración Pública), número 220 (octubre-diciembre 1989). Don Antonio Mozo Seoane.....	905
2.2. Revista de Administración Pública (Centro de Estudios CONstitucionales), números 120 (septiembre-diciembre 1989) y 122 (mayo-agosto 1990). Don Antonio Mozo Seoan	907
2.3. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (1989 y 1990). Don Agustín Corrales Elizondo .....	910
2.4. Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, T. XXIX-1-2 (1990). Don Antonio Millán Garrido.....	913

## 3. MISCELANEA

3.1. Cursos de Derecho de la Guerra en el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo: Programación de Cursos para militares. Don José Luis Domenech Omedas .....	917
3.2. Diez días lectivos en San Remo. Don Javier Guisández Gómez.....	920

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

# LA JURISDICCION MILITAR EN LA PERSPECTIVA HISTORICA

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO  
*Catedrático de Derecho Constitucional.*  
*Universidad de Santiago*

## SUMARIO

1. LA JURISDICCION MILITAR: SIGNIFICADO Y JUSTIFICACION. 2. EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION MILITAR: A) *La Justicia Militar en Roma*; B) *La Justicia Militar medieval*; C) *La Jurisdicción Militar en las Ordenanzas militares del siglo XVI*; D) *La introducción de los Consejos de Guerra por los Borbones*; E) *La Jurisdicción castrense en las Ordenanzas de Carlos III*; F) *La Justicia Militar en la Novísima Recopilación*; G) *La Jurisdicción militar en el primer constitucionalismo*; H) *El Decreto-ley de unificación de fueros y la jurisdicción militar*; I) *El proceso de codificación militar*; J) *La tendencia expansiva de la Jurisdicción Militar*; K) *La Justicia Militar en la Segunda República*; L) *La Justicia Militar durante la Guerra Civil*; M) *La Jurisdicción castrense en el Régimen nacido de la Guerra*.

### 1. La JURISDICCION MILITAR: SIGNIFICADO Y JUSTIFICACION

La aparición de la jurisdicción militar parece responder mucho más a razones pragmáticas que doctrinales (1), razones que pueden compendiarse en la necesidad de aplicar preceptos atinentes al desarrollo de la guerra y al consiguiente mantenimiento de una estricta disciplina entre las huestes militares. Como se ha advertido (2), la creación de los Ejércitos permanentes es el hecho histórico que en el aspecto militar marca el comienzo de una nueva época

(1) Así parece deducirse del análisis de su evolución histórica. Cfr. al respecto, NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO: «La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España», en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante **REDEM**), número 38, julio-diciembre 1979, págs. 9 y sigs.; en especial, pág. 63.

(2) FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 185.

ca. Hasta entonces, los núcleos armados tenían carácter temporal y actuaban sin conexión. Pero al poco de crearse, en las postrimerías del siglo xv, cuerpos armados profesionales con organización estable y especialización de sus componentes, ya se promulgan Ordenanzas específicas, particulares primero y penales después, donde se previene con creciente detalle una justicia autónoma, rápida y enérgica dirigida a mantener la disciplina de las Unidades creadas.

En cualquier caso, ese pragmatismo subyacente a la aparición de la jurisdicción castrense va a ir íntimamente unido a una cierta idea de privilegio, de fuero personal particularizado propio de los «soldados y gente de guerra», concepción que quedará nítidamente reflejada en las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, dadas en Bruselas el 15 de mayo de 1587 (3).

Esta caracterización se consolidará en los siglos inmediatamente ulteriores, lo que no es nada extraño si se advierte que la pluralidad de particularismos es uno de los rasgos más peculiares de la sociedad del Antiguo Régimen.

Por lo demás, a fines del siglo xviii, la amplitud de los fueros privilegiados castrenses era enorme, como muestra el Título IV del Libro VI de la Novísima Recopilación, dedicado a «los militares, su fuero, privilegio y exenciones». Más aún, dentro del fuero militar había que distinguir numerosos fueros militares particulares de que gozaban los pertenecientes a determinados cuerpos privilegiados, a los que había que unir las exenciones de carácter fiscal, todo ello al margen ya de un conjunto de prestaciones personales de que se beneficiaban los militares, muy especialmente en el ámbito municipal.

Esta idea del fuero castrense como privilegio iba a quebrar con el advenimiento del sistema político constitucional. La configuración de una nueva sociedad basada en la interpretación individualista de los principios de liber-

(3) Esta idea de fuero personal la encontramos fielmente acogida ya por el mismo punto segundo de las Ordenanzas, a tenor del cual: «El Auditor General ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción y disciplina militar, porque a nos, como Capitán General, y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos ni otro cualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podrán nacer grandes inconvenientes y confusión y los ministros de guerra vendrían a ser mal obedecidos y respetados».

Puede verse el texto íntegro de las Ordenanzas en J. MORENO CASADO: «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXI, Madrid, 1961, págs. 431 y sigs.; en concreto, págs. 439-454.

tad, igualdad y propiedad, considerados como normas fundamentales de todo sistema armónico de relaciones sociales, chocaba frontalmente con la existencia de los fueros privilegiados. Las leyes —puede leerse en el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 (4)— «no pueden conocer diferencia ninguna de condiciones ni de clases entre los individuos de este mismo Estado. La ley ha de ser una para todos; y en su aplicación no debe haber acepción de personas». Y más adelante, se precisa que «una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados, introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución» (5).

El principio de igualdad ante la ley se constitucionalizará en una doble perspectiva: como unidad de fuero y como unidad de códigos. Y aunque el fuero castrense constituirá una de las dos excepciones constitucionalmente reconocidas al principio de unidad de fuero del artículo 248 de la Constitución de Cádiz, es lo cierto que su razón de ser experimentará un giro copernicano del que el propio ARGÜELLES se hará eco en el «Discurso Preliminar»: «Del mismo modo ha creído (la Comisión) indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el ejército y armada» (6).

La superación del concepto del «fuero militar» como privilegio quedará reflejada en el articulado de la Ley Constitutiva del Ejército, de 9 de junio de 1821 (7). De conformidad con su artículo 118:

«Debiendo considerarse el fuero militar en el actual sistema político como una excepción onerosa, y no como un privilegio que favorezca a los individuos que se hallan sujetos a él, se reducirá a los más estrechos límites, y a los casos en que es absolutamente indispensable para el exacto desempeño de las obligaciones militares.»

Bien es cierto que tan rotundo precepto no se traducirá en la realidad en una auténtica reducción del ámbito competencial de la jurisdicción castrense,

(4) AGUSTÍN DE ARGÜELLES: «Discurso preliminar a la Constitución de 1812», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 95.

(5) *Ibidem.*, pág. 99.

(6) *Ibidem.*, pág. 100.

(7) Cfr al respecto. PABLO CASADO BURBANO: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 268-278.

por lo menos hasta la Revolución de septiembre de 1868, con la que asistimos a un nuevo, y en esta ocasión más fructífero, intento de reconducción de la competencia de la jurisdicción castrense.

Las leyes de la necesidad, común denominador de la doctrina durante largo tiempo en orden a la justificación de esta jurisdicción (8), conducirán a los revolucionarios septembrinos a admitir, a modo de excepción al principio de unidad de fuero, la existencia de una jurisdicción militar, si bien, no en favor suyo, sino de la sociedad.

La Exposición de Motivos del Decreto de 6 de diciembre de 1868, de unificación de fueros, es a este respecto muy significativa:

«El ejemplo de las demás naciones —puede leerse en ella— hace necesaria una excepción con respecto a los militares en servicio activo, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad, que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tienen mayor gravedad cuanto más libre sea la constitución política por la que se gobierna un Estado...»

Sin embargo, una vez más, la realidad política se encargará de desvirtuar la norma y, sobre todo, el principio al que aquélla responde, a lo que no será ajeno —todo lo contrario— el poder político, frecuentemente tentado, como bien advierte VEUTRO (9) —y no sólo en nuestro país—, por la ejemplaridad y severidad de la justicia militar, de recurrir a ella para efectuar represiones ejemplares, bien sea ensanchando su competencia (delitos políticos, terrorismo, bandidaje...), bien sea declarando, en tiempo de paz, el estado de guerra o de sitio.

En definitiva, pues, el abandono de esa concepción del fuero castrense como privilegio (10), y su consecuente justificación en base a exigencias de mayor calado social, no siempre ha ido unido a una efectiva reducción del ámbito com-

8) Recordaremos a este respecto a OSSORIO Y GALLARDO, quien, en 1927, sostenía: «Si ha de haber Ejército, ha de existir también una regulación especial para su vida, con aquella característica que algunos autores han señalado, de no buscar apoyo en la filosofía, sino en las angustiosas leyes de la necesidad.» (ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO: *La Justicia Poder*, Editorial Pueyo, Madrid, 1927, pág. 66.)

(9) VITTORIO VEUTRO: «La independencia en la Justicia Militar», en *REDEM*, número 37, enero-junio 1979, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 13.

(10) «El fuero —dirá GÓMEZ ORBANEJA— sólo es un privilegio en el sentido etimológico de la palabra, puesto que, en realidad, se trata de una “ley privada” distinta de la común, pero no de un derecho instituido en favor del inculpado, sino de un “derecho-deber” para él y una regla improrrogable para el órgano jurisdiccional, establecida no en beneficio o en interés de la persona, sino de la jurisdicción» (EMILIO GÓMEZ ORBANEJA: *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1947, págs. 291-292).

petencial de esta jurisdicción. Igualmente, tampoco ha ido acompañado de una unificación de criterios en torno a cuál debe ser su última «ratio». Es cierto que, sobre todo desde una perspectiva histórica, una gran mayoría de autores ha circunscrito ésta, directa o indirectamente, a la salvaguarda de la disciplina militar, si bien no han faltado quienes han conjugado diversos argumentos. Tal sería el caso de JEREMY BENTHAM, quien pese a aparecer como un decidido defensor del principio de unidad de fueros y declarado adversario de la organización jurisdiccional dividida, superpuesta y contradictoria de los tribunales ingleses, admitirá como salvedad la jurisdicción castrense, sustentándola en la necesidad de mantener la disciplina, a la que habría que unir una exigencia técnica de especialización (11).

Recientemente, BISHOP (12) ha justificado la justicia militar en base al siguiente tríptico argumental: a) la conveniencia de un procedimiento sumario para el mantenimiento de la disciplina; b) la exigencia de una cualificación técnico-jurídica para dictar sentencias por delitos militares, y c) la posibilidad de que las Fuerzas Armadas, desplazadas al exterior, queden fuera de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Muchos otros argumentos se han aducido para justificar esta jurisdicción, como también para rechazarla (13). Sin embargo, existe convergencia en torno a que la justicia militar no es un fin en sí (14), sino tan sólo un medio para mantener la eficacia de los Ejércitos, algo de todo punto necesario a la vista

(11) «En un Ejército, en una Flota —escribirá BENTHAM—, la exactitud de la disciplina descansa en la pronta defensa de los soldados, los cuales nunca serán tan dóciles como deben sino en cuanto ven en el jefe que les manda un juez que puede castigarlos, y que no hay medio de eludir el castigo ni intervalo alguno entre éste y la falta.

Además, para juzgar con el necesario conocimiento los delitos de esta especie, hace falta ser un perito en la profesión, y únicamente los militares son los que se hallan en estado de formar un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la disciplina, o acerca de lo ocurrido en una función de guerra». (JEREMY BENTHAM: *De l'organisation judiciaire et de la codification*, París, 1827, capítulo V.)

(12) JOSEPH W. BISHOP, JR.: «Derecho Militar», en David L. Sills (dir.), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Editorial Aguilar, Madrid, 1974, vol. 3, pág. 565.

(13) Una síntesis de los mismos puede verse en PABLO CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*. EDESA, Madrid, 1986, págs. 82-84. Una exposición más detallada en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «La Jurisdicción Militar en nuestro ordenamiento constitucional», en *Revista de Derecho Público*, núms. 88-89, julio-diciembre 1982, págs. 533 y sigs.; en concreto, págs. 547-552.

(14) No faltan, sin embargo, posturas un tanto trasnochadas como es el caso de PÉREZ SERRABONA, para quien la jurisdicción militar viene a ser «la jurisdicción propia de un organismo autónomo dentro del Estado como es el Ejército, que a veces excepcionalmente, por exigencias del mecanismo constitucional, encarna incluso el mismo poder estatal» (JOSE LUIS PÉREZ SERRABONA Y SANZ: «El procedimiento sumarísimo a la vista de la Ley Orgánica 9/1980», en *REDEM*, número 42, julio-diciembre 1983, págs. 129 y sigs.; en concreto, pág. 135.

de las trascendentales misiones que éstos deben cumplir, y que en nuestro caso están claramente explicitadas por el artículo 8 de la Constitución.

En esta misma dirección se ha manifestado el Tribunal Constitucional al poner de relieve (15) que:

«No puede caber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8º.1 de la Constitución Española, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines (...). A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual».

Y de esta específica configuración deriva la necesidad de una jurisdicción castrense, como el propio Tribunal se ha encargado de precisar en otro momento:

«... (las Fuerzas Armadas) necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8 de la Constitución Española les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria» (16).

En definitiva, pues, las trascendentales misiones que se asignan a las Fuerzas Armadas exigen de éstas una adecuada configuración, de modo que, llegado el caso, puedan operar con la mayor eficacia posible; y esa peculiar organización de los Ejércitos conduce, entre otras singularidades, a la jurisdicción militar.

A su vez, esa específica naturaleza de la profesión militar (17) requiere un ordenamiento peculiar, con lo que en último término, como se ha signi-

(15) Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC), número 375/1983, de 30 de julio, fundamento jurídico 2º.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC), número 97/1985, de 29 de julio, fund. jur. 4º.

(17) Esta especificidad quedaba perfectamente reflejada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, que finalmente se convertiría en la Ley Orgánica 9/1980: «La práctica de las virtudes y valores militares —podía leerse en tal Exposición—, así como el exacto cumplimiento del deber, que constituyen en los Ejércitos un presupuesto esencial para llevar a cabo la función que constitucionalmente se les asigna, es la razón de ser de todo militar (...) que, llegado el caso, incluso habrá de entregar su vida en observancia de unas obligaciones específicas de la Institución, no equiparables a la cotidiana forma de la vida civil» (*Boletín Oficial de las Cortes*, número 182, 15 de noviembre de 1978, págs. 3.958 y sigs.; en concreto, pág. 3.958).

ficado (18), el particularismo del Derecho penal y del disciplinario militar deriva de la propia razón de ser de la Fuerzas Armadas.

Este ordenamiento penal y disciplinario militar presenta como rasgo quizá más relevante su especialidad, característica que, como ha señalado VENDITTI (19), entraña una triple acepción: se trata de una ley complementaria de la ley penal común; la mayoría de sus normas regulan una determinada categoría de personas (los militares), y muchas de sus disposiciones contienen elementos especiales respecto de las normas comunes.

Pues bien, es precisamente la especialidad de este ordenamiento el otro gran soporte en que se apoya la existencia de una jurisdicción especializada como es la castrense.

El Derecho Penal Militar, como recientemente ha significado JIMÉNEZ VILLAREJO (20), es un Derecho Penal especial, seguramente el más importante de los Derechos Penales especiales, sustentado y orientado por un cuadro de valores propio, desenvuelto en una tipología delictiva distinta de la del Derecho penal común, aunque tenga con ella algunas zonas secantes, y necesitado, en consecuencia, de una verdadera especialización en el plano del dominio científico, como de una cierta sensibilidad para la singularidad de la realidad castrense, que acaso se adquiera más fácilmente con una dedicación permanente que con una ocasional atención.

En definitiva, en nuestros días, la jurisdicción militar responde a un orden dual de necesidades: la propia especialidad técnico-jurídica del Derecho militar que le corresponde aplicar, y la peculiar caracterización institucional de los Ejércitos.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, comienza con un párrafo que parece traducir con precisión esa dualidad de puntos de apoyo de la jurisdicción castrense:

«La jurisdicción militar —puede leerse en el Preámbulo— tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido

(18) JOHN GILISSEN: «Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar», en *REDEM*, números 33-34, enero-diciembre 1977, págs. 13 y sigs.; en concreto, págs. 23-24.

(19) RODOLFO VENDITTI: «*Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*», Milano, 1978, pág. 25. Cit. por JOSE LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Ley Penal y Derecho Penal Militar», en *Revista General de Derecho* (en adelante *RGD*), número 524, mayo de 1988, págs. 2.849 y sigs.; en concreto, pág. 2.873.

(20) JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO: «Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar», en *REDEM*, número 53, tomo I, enero-junio 1989, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 13.

siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce.»

Como puede apreciarse, junto a una justificación técnico-jurídica (la especial naturaleza del Derecho militar), figura un soporte histórico-institucional, argumentos ambos que se integran y aun se funden, a nuestro modo de ver, en una última «ratio»: la trascendental misión de las Fuerzas Armadas, cuyo eficaz cumplimiento, como ya hemos observado, requiere de una peculiar organización institucional y de una no menos particular relación de sujeción entre sus miembros, al servicio de las cuales existe un ordenamiento especializado y una jurisdicción peculiar. «Ai fini della difesa nazionale —sostiene LABRIOLA (21)—, per garantire la sicurezza esterna dello Stato attraverso la tutela dell'ordinamento militare, è posta la legge penale militare.»

Hoy, podemos concluir, lo que está en discusión no es tanto la propia existencia de los Tribunales militares cuanto su independencia e imparcialidad, o dicho de otra manera, su autonomía (22), como también su ámbito competencial.

Y en este orden de consideraciones, admitida la necesidad de la jurisdicción castrense, parece también común denominador de la doctrina:

- a) la conveniencia de que este orden jurisdiccional disponga de una reducida competencia, que en todo caso puede ampliarse en tiempos de guerra;
- b) la necesidad de que se separe nítidamente el ordenamiento penal del disciplinario militar;
- c) la ineludibilidad de que el principio de independencia judicial —sin el que es imposible hablar de una recta administración de justicia— informe plenamente la organización y actuación de la jurisdicción castrense, tanto en la fase del juicio como en la fase de la ejecución de lo juzgado, lo que, por ejemplo, exige ineludiblemente que un fallo judicial no deba quedar sujeto para su ejecución a su ulterior ratificación por una autoridad militar;
- d) la consecuente privación al mando militar de toda potestad jurisdiccional;

(21) SILVANO LABRIOLA: «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel Diritto Pubblico Italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, número 4, págs. 904 y sigs.; en concreto, pág. 955.

(22) En análogo sentido se pronuncia SAHIR ERMAN: «Evolución actual de las jurisdicciones militares», en *REDEM*, número 35, enero-junio 1978, págs. 81 y sigs.; en concreto, págs. 81-82.

- e) la tecnificación jurídica de los tribunales castrenses, por lo demás compatible con la incorporación a los mismos de profesionales de las armas, a modo de un sistema próximo al escabinado;
- f) la plena aplicación al proceso penal militar —y en cuanto sea posible al proceso disciplinario militar— de las garantías procesales propias de la jurisdicción ordinaria, y
- g) la realización, por lo menos al máximo nivel jurisdiccional, del principio de unidad jurisdiccional (23).

La relativa concordancia por parte de la doctrina en torno a estos principios no debe ocultarnos la complejísima evolución histórica que la jurisdicción militar ha tenido hasta nuestros días. Una de las vertientes que más interés encierra en orden a la mejor comprensión de las instituciones es la vertiente histórica; de ahí que, efectuadas estas consideraciones previas, nos centremos en el núcleo central de este trabajo: la evolución histórica de la jurisdicción castrense.

## 2. EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION MILITAR

### A) *La Justicia Militar en Roma*

Uno de los rasgos fundamentales que caracterizan al Derecho Penal Militar desde una perspectiva histórica es la constatación de su existencia en todas las épocas y ordenamientos de los que se tiene conocimiento histórico, como un Derecho punitivo en función de la eficacia de las diversas modalidades de

(23) Bien es verdad que no faltan autores que se manifiestan muy alejados de este pensamiento. Entre nosotros, es el caso de JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ AREAL (en «Más sobre la Justicia Militar», en *Revista General de Marina*, febrero de 1981, págs. 163 y sigs.; en concreto, págs. 163-164), quien en 1981 afirmaba que si sobrevivía la Jurisdicción Militar, la autoridad militar había de tener facultad para ordenar la iniciación de procedimientos, bien directamente al juez, bien, preferiblemente, a través del Fiscal, pero imperativamente sin que el Fiscal pudiera negarse a intervenir; estimaba necesario igualmente el referido autor, que la autoridad militar pudiera adoptar provisionalmente medidas cautelares o bien suspender, por razones de servicio, las que adoptara el juez; asimismo, los tribunales militares habían de tener un componente militar mayoritario; por último, la autoridad militar había de poder «desencadenar» el proceso de revisión de sentencia, aún cuando las partes no recurrieran. Sin estos «mínimos militares», la Jurisdicción Militar dejaría de existir, a juicio de FERNÁNDEZ AREAL.

instituciones castrenses (24). Es por ello por lo que el poder militar, por así llamarlo, ha ejercido siempre una determinada jurisdicción (25).

MOMMSEN (26) nos ha recordado que el ejercicio de la jurisdicción penal militar puede ser contemplado en Roma como parte integrante del «imperium militiae» (27). El mando militar lleva consigo una cierta «coertio» o poder punitivo, que ejercerán los cónsules (praetores) durante la República, si bien, con el paso del tiempo, el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales será delegado por los cónsules en sus oficiales subordinados. Bajo el Imperio, la jurisdicción capital («ius gladii, potestas gladii») sobre los soldados corresponderá al Senado, si bien, de hecho, la ejercerá el Príncipe.

Conviene en todo caso significar que en el Derecho Romano ya se estableció una separación en los delitos cometidos por militares, al distinguir el jurisconsulto Arrio Menandro entre los delitos propios (esto es, delitos propiamente militares) y los comunes. Los delitos militares eran los cometidos como militares («quod quis uti miles admittit») y contra las exigencias de la disciplina (28).

## B) *La Justicia Militar medieval*

La justicia militar medieval fue tan simple y dura como las propias tácticas y logística de la época. Buen ejemplo de ello lo constituye la siguiente cláusula de la Ordenanza del monarca inglés Ricardo I, del año 1190: «Aquel que mate a un hombre a bordo de un buque será atado junto a su víctima y arrojado al mar. Si el asesinato se comete en tierra entonces será enterrado vivo junto a su propia víctima».

En esta época no existían disposiciones relativas al procedimiento a seguir en tales casos, como tampoco tribunales militares propiamente dichos. Estos, a juicio de BISHOP (29), probablemente tengan su origen en los tribunales de caballería de la Baja Edad Media.

(24) PABLO CASADO BURBANO: «Visión histórica del Derecho Penal Militar Español», en Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 29.

(25) Cfr. al respecto el exhaustivo estudio de NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO: «La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España», en *REDEM*, número 38, julio-diciembre 1979, págs. 9 y sigs.

(26) THEODOR MOMMSEN: *Le Droit Public romain*, París, 1887, tomo I, págs. 135 y sigs.

(27) Cfr. al efecto, FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN: «Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado», en *REDEM*, número 41, enero-junio 1983, págs. 53 y sigs.

(28) CARLOS JACHINO: «Giurisdizione Penale Militare», en *Il Digesto Italiano*, dirigido por Luigi Lucchini, UTET, Torino, 1927, págs. 818 y sigs.; en concreto, pág. 818.

(29) JOSEPH W. BISHOP: «Derecho Militar», *op. cit.*, pág. 565.

En España, las Partidas serán consideradas durante muchísimo tiempo como «el cuerpo general y común del Derecho militar» (30). Sin embargo, aunque en ellas se instituyen algunos órganos jurisdiccionales castrenses (el Alférez del Rey, el Almirante o «guarda mayoral del Armada»...), no creemos que pueda hablarse aún de la existencia de una jurisdicción militar, y algo similar puede sostenerse de los Fueros Municipales, pese a que en todos ellos encontramos normas de Derecho Militar (31).

### C) *La Jurisdicción Militar en las Ordenanzas militares del siglo XVI*

Como ya indicamos en un momento anterior, en realidad, la jurisdicción militar, tal y como hoy la entendemos, no surge hasta la organización de los ejércitos permanentes. El tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna va unido al paso de los regímenes feudales a las monarquías absolutas, que requieren ineludiblemente de unos ejércitos estables, directamente vinculados con la persona del Rey y sometidos a una rígida disciplina, lo que hace necesario un ordenamiento particular, cuya aplicación, a su vez, propiciará la aparición de una jurisdicción castrense.

No debe extrañarnos por todo ello que el siglo XVI nos descubra las primeras Ordenanzas militares, de entre las que cabe recordar ahora las Ordenanzas de 1520, «hechas en la ciudad de Taxcatecle por Hernán Cortés, como Capitán General y Justicia Mayor en Nueva España, a 22 de diciembre de 1520, para el régimen y gobierno de las tropas españolas en aquellos dominios».

Sin embargo, serán las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 15 de mayo de 1587, complementadas el 22 de mayo del propio año, las que resultarán verdaderamente decisivas en orden al nacimiento de la actual concepción de la Justicia Militar (32). En estas Ordenanzas se regulará con minuciosidad, por vez primera, cuanto atañe a la administración de justicia militar (33).

(30) ÁNGEL SALCEDO Y RUIZ: *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1916, págs. 424-434. Cit. por Nicolás González-Deleito: «La evolución histórica...», *op. cit.*, pág. 23.

(31) Cfr., al respecto, ANTONIO PALOMFQUE: «Contribución al estudio del Ejército en los Estados de la Reconquista», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XV, Madrid, 1944, págs. 205 y sigs.

(32) JOSÉ ALMIRANTE, en su clásico *Diccionario militar etimológico, histórico, tecnológico* (voz «Ordenanza»), Madrid, 1869, pág. 844, afirma que estas Ordenanzas abren «el camino a la moderna Justicia Militar».

(33) Cfr., al efecto, J. MORENO CASADO: «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXI, Madrid, 1961, págs. 431 y sigs.

Las Ordenanzas de Farnesio son incomprensibles al margen de la actuación de Baltasar de Ayala, quien, como recordara FRAGA (34), fue nombrado por el Príncipe de Parma, en nombre del Monarca, el 27 de mayo de 1580, «Auditor general del campo y del ejército», cargo que había de desempeñar hasta su muerte, el 18 de agosto de 1584.

El cargo de Auditor general se había creado por el Emperador Carlos V en 1553, siendo su primer titular el doctor Juan Stratius. Respondía el mismo a la necesidad de «poder tener este ejército (el ejército de Flandes) en buena disciplina y justicia».

Baltasar de Ayala llenará de tal modo su cargo, que muy poco después de su muerte, y en base a la altura que él le supo dar, Farnesio procederá a regular definitivamente la institución en las Ordenanzas de 15 de mayo de 1587, que constituyen la fuente más importante de todo el moderno Derecho militar europeo, iniciando un sistema que en su esencia llega a nuestros mismos días (35).

En la primera Ordenanza se establece que la autoridad judicial, en lo castrense, es el Capitán general, pero el Auditor tiene una delegación amplísima de aquél; entre otros aspectos, se consignan las excepciones a la jurisdicción militar o casos de desafuero, la competencia de dicha jurisdicción por razón de la persona o del lugar, las atribuciones del Auditor general... etc.

En relación específicamente con estas atribuciones, el punto segundo de la Ordenanza reza como sigue:

«El Auditor General ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción y disciplina militar, porque a nos, como Capitán General, y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos ni otro cualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podrán nacer grandes inconvenientes y confusión y los ministros de guerra vendrían a ser mal obedecidos y respetados.»

(34) MANUEL FRAGA IRIBARNE: «Baltasar de Ayala, 1548-1584» (nota cuatricentaria), en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. I, número 1, C.S.I.C., Madrid, 1948, págs. 125 y sigs.; en concreto, pág. 135.

(35) *Ibidem*, págs. 136-137.

La segunda Ordenanza, complementaria de la anterior, regula las facultades de quienes colaboran y coadyuvan a la administración de la justicia militar y a la ejecución de sus sentencias.

Felipe III (en 1603 y 1611) y Felipe IV (en 1632) promulgarán sendas Ordenanzas militares en las que, sin embargo, encontramos escasos preceptos sobre la justicia militar. Habrá que esperar a la instauración de la dinastía borbónica entre nosotros para contemplar una total reordenación del sistema orgánico de la jurisdicción castrense.

#### D) *La introducción de los Consejos de Guerra por los Borbones*

Se debe a Felipe V la implantación del Consejo de Guerra, no en el sentido de órgano consultivo o decisorio de recursos extraordinarios, sino en el de Tribunal militar de primera o de única instancia, o lo que es igual, en el de órgano jurisdiccional que fusiona en los oficiales las funciones de mandar y juzgar. De esta forma, cobra vida legal el dogma de que «el que manda debe juzgar». Se entiende que ello es una inexorable exigencia del principio de la jerarquía militar, a la par que un medio imprescindible para el mantenimiento de la disciplina.

Como recuerda la doctrina (36), subyace a este dogma, de inspiración francesa, una idea de la justicia militar como una «*iustitia dei capi*», concebida como un atributo más del mando y desenvuelta como una continuación de la potestad disciplinaria que corresponde al superior militar y que se entiende inherente a las relaciones de jerarquía y subordinación.

La institución de los Consejos de Guerra remonta su origen a la Ordenanza Militar francesa de 1667, obra de Luis XIV, que estableció los Consejos de Guerra con la denominación de «*Conseils Prévotaux*», nombre que cambiará por el definitivo de «*Conseils de Guerre*» en 1750, por iniciativa del duque de Choiseul.

El primer Monarca de la Casa de Borbón promulgará entre nosotros las Ordenanzas de 1701 y de 1728 (37). Ya en las primeras se conceden a los Regimientos los Consejos de Guerra, que se conciben como órganos jurisdiccionales integrados por oficiales que ejercen, a un tiempo, mando y jurisdicción sobre sus soldados, constituyendo un escabinado marcial, acorde con la tesis francesa de ser necesario para el mantenimiento de la disciplina militar

(36) FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *Introducción al Derecho Penal Militar*. Civitas, Madrid, 1987, pág. 83.

(37) Para un análisis minucioso del tema, cfr. NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO: «La evolución histórica...», *op. cit.*, págs. 45-48.

el temor del soldado al oficial, al concurrir en éste la potestad de mando y el ejercicio de jurisdicción.

El Consejo de Guerra, concebido como tribunal juzgador en el ámbito penal-militar, se crea tan sólo para conocer y decidir las causas contra soldados, sargentos y clases de tropa de Infantería, Caballería y Dragones, «por crímenes y delitos militares». Por el contrario, en los procesos contra oficiales es competente el «Superintendente de la Justicia Militar» tanto «por el crimen militar como por el civil».

El nuevo sistema se presentaba como un notable progreso, pero, indudablemente, contenía el germen de los particularismos y disensiones múltiples que supuso el desgajamiento de la jurisdicción (38).

### E) *La Jurisdicción castrense en las Ordenanzas de Carlos III*

La evolución marcada por las Ordenanzas de Felipe V será desarrollada por las Ordenanzas de Carlos III, de 22 de octubre de 1768, promulgadas en San Lorenzo el Real (Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos), que dedican los Tratados VI, VII y, especialmente, VIII, a las cuestiones judiciales (39).

Carlos III reconoce el fuero castrense «a todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis tropas regladas o en empleos que subsistan con actual ejercicio en Guerra».

El artículo 5º del Título 1 del Tratado VIII prescribía de modo tajante: «No podrán conocer de las causas civiles ni criminales de oficiales las Justicias ordinarias, sino sólo el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar del paraje donde residieren, según la diferencia y circunstancias de los casos en la forma que se explicará más adelante.»

Las Ordenanzas de Carlos III sustituían el antiguo sistema de unidad de la jurisdicción, con el Auditor como juez exclusivo, por un sistema plural que puede esquematizarse como sigue:

- 1) La jurisdicción de los Auditores, delegados de los Capitanes Generales para conocer y sentenciar en las causas no sometidas a Consejo de Guerra. Esta jurisdicción subsistía refugiada en lo que se llamó Juzgado de Capitanía, y venía a ser algo así como la jurisdicción común dentro de

(38) SALVADOR ESTEBAN RAMOS: «Hacia un nuevo sentido del Derecho Militar», en *RE-DEM*, número 11, enero-junio 1961, págs. 89 y sigs.; en concreto, pág. 92.

(39) Cfr. al respecto, NICOLAS GONZALEZ-DELEITO: «La evolución histórica...», *op. cit.*, págs. 48-53.

- lo militar, para todo lo civil y para aquellas infracciones no reservadas, como acabamos de indicar, a los Consejos de Guerra o a los Juzgados de ciertos Cuerpos privilegiados (Alabarderos, Artillería, Ingenieros...).
- 2) Los Consejos de Guerra ordinarios, competentes para juzgar «desde sargento inclusive», en causas por delitos no exceptuados del fuero castrense, como también para los juicios contra los cadetes por los delitos de desobediencia, falta de subordinación y los denominados «crímenes feos». Estos Consejos de Guerra estaban compuestos, dependiendo de la mayor o menor gravedad del caso, por trece o quince jueces (en el supuesto de mayor gravedad) y por siete (en el de menor gravedad), correspondiendo la presidencia de los mismos al coronel del cuerpo, y encomendándose la defensa a un oficial.
  - 3) Los Consejos de Guerra de oficiales generales, cuya misión se circunscribía a juzgar oficiales (desde oficiales subalternos hasta generales) por «crímenes militares y faltas graves». Correspondía su presidencia al Capitán General de la demarcación o al Comandante General del Ejército de que se tratara, quedando integrados por un número de oficiales generales que debía oscilar entre siete y trece. Asistía como asesor un Auditor, que tenía voz pero no voto. La defensa era encomendada a un militar, llamado «oficial procurador».

La introducción de los Consejos de Guerra supondrá la sustitución del juicio de magistrado profesional por el llamado «juicio de los pares». Aunque se ha apuntado (40) que existen infracciones (las tocantes al servicio o las propiamente disciplinarias) que pueden ser mejor entendidas o sancionadas por los «pares», es lo cierto que la adopción por la jurisdicción castrense del modelo francés, con el subsiguiente abandono de la añeja institución del Auditor, conducirá a una notable pérdida de precisión técnica por los órganos jurisdiccionales militares.

En todo caso, conviene recordar que el modelo expuesto no queda delimitado completamente por el anterior tríptico de instancias jurisdiccionales. Bien al contrario, los fueros especiales existentes dentro del Ejército desde los Austrias, a favor de determinados cuerpos, subsistirían. El Real Cuerpo de Artillería, el Cuerpo de Ingenieros Militares, los Regimientos de Infantería Española y Valona, serían algunos de los que seguirían manteniendo su fuero privilegiado. La jurisdicción correspondía en la mayoría de estos casos

(40) SALVADOR ESTEBAN RAMOS: «Hacia un nuevo sentido del Derecho Militar», en *REDEM*, número 11, enero-junio 1961, págs. 89 y sigs.; en concreto pág. 98.

a los Coroneles, asistidos de un Asesor, sin otro recurso que el de apelación ante el propio Rey.

Hasta el Decreto de 16 de abril de 1869, consecuencia del Decreto-ley de unificación de fueros, de 6 de diciembre de 1868, no serán suprimidos los fueros especiales de los Cuerpos de Artillería e Ingenieros.

#### F) *La Justicia Militar en la Novísima Recopilación*

La Novísima Recopilación recogerá la legislación básica que determinaba el ámbito competencial de la jurisdicción militar en aquel momento (básicamente, las Ordenanzas del Ejército y la Armada y un Real Decreto de 8 de marzo de 1793). A la vista de la misma, puede significarse que la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses se asentaba en el clásico tríptico: material, personal y del lugar. Esta competencia puede ser compendiada del siguiente modo:

- a) «*Ratione personae*», le correspondía conocer de todas las causas civiles o criminales en que figurasen como demandados los militares y marinos de guerra en servicio activo, los oficiales retirados con «real despacho y sueldo», sus mujeres, sus hijos y sus dependientes y criados, conservando el fuero las viudas de aquéllos, sus hijas hasta tomar estado y sus hijos hasta los dieciséis años; los cónsules de países extranjeros y los extranjeros no residentes; los empleados en construcción, aparejo y armamento de los buques reales, los proveedores de los ejércitos en juicios y pleitos relacionados con el servicio... etc.
- b) «*Ratione materiae*», era competencia de la jurisdicción castrense, cualquiera que fuese la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de auxilio a la desertión o inducción o favorecimiento de la misma, traición, insulto a centinelas y conjuración contra oficiales o tropa.
- c) Finalmente, «*ratione loci*», era de su incumbencia, independientemente de la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de incendio en cuarteles y edificios militares, así como de los robos y vejaciones cometidos en tales parajes (41).

A la vista de esta enumeración, es obvio, como advierte CASADO (42), que la competencia de la jurisdicción militar en materia penal se extendía a

(41) Novísima Recopilación. Títulos IV y VII del Libro VI.

(42) PABLO CASADO BURBANO: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 263.

casos que excedían del marco propio del fuero personal o del estricto «privilegio estamental» que se hallaba en la base de su existencia.

### G) *La Jurisdicción militar en el primer constitucionalismo*

El siglo XIX marca el inicio del movimiento codificador, que tanto había de incidir sobre el Derecho Militar, si bien ese influjo no quedaría plenamente plasmado hasta los postreros momentos del siglo. En Francia, el ímpetu del proceso codificador había sido imparable, si bien no se había reflejado en la justicia militar, lo que tampoco debe extrañar en exceso dada la preferencia napoleónica hacia una total generalización del principio de unidad jurisdiccional.

Entre nosotros, aun cuando la codificación tardará mucho en ser realidad para la justicia militar, es lo cierto que el sistema constitucional implicará un cambio radical de perspectiva para esta jurisdicción.

Ya vimos con anterioridad cómo el fuero castrense, aunque reconocido por el artículo 250 de la Constitución de Cádiz («Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere») como excepción al principio de unidad de fuero contemplado por el artículo 248, perderá su sentido tradicional de privilegio personal, para pasar a justificarse en aras de la salvaguarda de la disciplina y de la organización jerárquica de los ejércitos. Ello había de conducir en pura lógica a la drástica reducción de la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses. Y como también expusimos en un momento precedente, así lo proclamaba tajantemente el artículo 118 de la Ley Constitutiva del Ejército de 1821.

En tal dirección, la citada Ley declara abolido el fuero militar en todas las causas civiles (art 119) y en todas aquellas otras criminales «que se formen para la averiguación y castigo de los delitos comunes» (art 120). Consecuentemente, reduce el fuero castrense «a las causas criminales que versen sobre delitos militares» (artículo 121), si bien, a la hora de definir qué se entiende por «delitos militares» (43), el legislador dejará abierta la puerta para que «cual-

(43) La Ley considerará delitos militares: los que sólo pueden cometerse por individuos militares y los cometidos por éstos en actos del servicio de armas, en campaña o en marcha por asuntos del servicio (art. 122). No obstante, esta relativamente estricta noción del delito militar será ampliada por el artículo 123, que considerará asimismo como delitos militares, entre otras conductas: los desacatos o violencias cometidas por cualquier persona contra militares que se hallen en actos del servicio de armas y los cometidos también por cualquier persona en recintos militares o en perjuicio de los efectos que existan o se custodien en ellos.

quier persona» pueda ser sometida a la jurisdicción castrense, criterio político que en el futuro será ampliamente explotado.

Complementando las anteriores previsiones, el artículo 125 de la Ley prescribía: «Ningún Cuerpo del Ejército tendrá fuero privilegiado.»

En todo caso, la reducción del fuero militar a las causas criminales que versen sobre delitos militares no había de tener efecto hasta tanto se estableciera la distinción entre jueces del hecho y del derecho prevista por el artículo 307 de la Constitución (art 124 de la Ley).

Análogas previsiones acogería el articulado (arts 16 a 21) de la Ley Orgánica de la Armada, de 27 de diciembre de 1821.

Este intento notable —si se contempla desde la perspectiva de la normativa existente en el Antiguo Régimen— aunque a la par bastante insuficiente —si se juzga desde la nueva óptica con que los constituyentes gaditanos concibieron el fuero castrense—, de reconducción del ámbito de competencia de los tribunales militares, se vería hipotecado ya desde su mismo origen por la Ley de 17 de abril de 1821, auténtico fuero excepcional por cuanto, como en otro lugar hemos sostenido (44), tiene como finalidad principal la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar en detrimento de la ordinaria, a lo que se une el establecimiento de un proceso especial y sumario para el enjuiciamiento de una serie de conductas de conspiración o maquinación directa contra la observancia de la Constitución o contra la seguridad interior o exterior del Estado, o contra la sagrada e inviolable persona del Rey constitucional (45).

Con ello, se daban los primeros pasos en orden al recurso a la jurisdicción militar como instrumento de represión política. Como bien señala CRUZ VILLALÓN (46), en el Antiguo Régimen la jurisdicción militar no es un instrumento de represión política porque el Monarca no necesita de ella; los instrumentos de mayor confianza son las comisiones especiales. Pero una vez que las comisiones especiales quedan prohibidas y tanto la inamovilidad judicial como el orden y las formalidades del proceso garantizados, en ausencia de una prohibición constitucional inequívoca, el recurso a la jurisdicción militar como instrumento de represión política aparece como una tentación a la que no se resistiría por mucho tiempo.

(44) FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*, EDESA, Madrid, 1978, pág. 78.

(45) Un análisis preciso y detallado de la Ley puede verse en la obra de ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1988, págs. 496-504.

(46) PEDRO CRUZ VILLALÓN: *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 102.

El principio de unidad de fuero será sucesivamente reconocido por las Constituciones de 1837 (artículo 4º) y «nonnata» de 1856 (art 5º), si bien, en ningún caso tal reconocimiento irá unido a una reconducción del ámbito competencial de la jurisdicción castrense. Más bien todo lo contrario, pues a lo largo del período constitucional isabelino, encontramos normas que se encaminan a ampliar el núcleo competencial de aquella jurisdicción, o a reducir las garantías procedimentales. Es el caso, por ejemplo, de la Orden General del Ejército del Norte, de 22 de octubre de 1837, instituyendo un Consejo de Guerra verbal, en casos graves de robo, desertión e insubordinación, con tramitación máxima de veinticuatro horas. Y es el supuesto asimismo de los múltiples Bandos de los Capitanes Generales, por los que se declara su región militar respectiva en estado de sitio, con la subsiguiente ampliación de la competencia de los tribunales castrenses. Habrá que esperar a la Revolución de 1868 para constatar un cambio radical de orientación.

#### H) *El Decreto-ley de unificación de fueros y la jurisdicción militar*

El Decreto-ley de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, es posiblemente el mayor intento de todo el siglo XIX de reconducir a sus estrictos límites la competencia de la jurisdicción castrense.

Su artículo 1º prescribe que desde el mismo momento de la publicación de la norma, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer, entre otros, de: los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en activo; de los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar.

El Decreto-ley dedica su Título III (artículos 4º a 7º) a la jurisdicción de Guerra y a la de Marina, declaradas únicas competentes para conocer con arreglo, respectivamente, a las Ordenanzas militares del Ejército y de la Armada, de las causas criminales por delitos que no sean de los exceptuados por el artículo 1 del propio Decreto-ley, cometidos por militares y marinos de todas clases en servicio activo. Asimismo, el artículo 4º atribuye a la jurisdicción castrense el conocimiento de un conjunto de acciones delictivas enumeradas a lo largo de sus apartados segundo al décimocuarto. La jurisdicción de guerra es igualmente declarada competente, en este caso sin excepción alguna, para conocer de todos los delitos y faltas cometidos por cualesquiera clases de personas en las plazas fuertes de África.

La Constitución de 1869, en su Título VII, dedicado al Poder Judicial, consagraba una vez más el principio de unidad de fuero que, esta vez sí, iba a ser desarrollado por la trascendental Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870 (mandando observar la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, de 23 de junio de 1870), no quedando, pues, a diferencia de anteriores ocasiones, como mero principio retórico.

La Ley reitera el principio de unidad, al atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales (regla general) con la excepción —entre otras— de los casos reservados a los Tribunales de Guerra y Marina, principio reiterado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. En sus artículos 347 a 351, la Ley Orgánica del Poder Judicial concreta la competencia de la Jurisdicción de Guerra y la de Marina, únicas competentes para conocer de las causas criminales por delitos cometidos por militares y marinos de todas clases en servicio activo del Ejército o de la Armada, comprendiendo bajo la denominación de «servicio militar activo» (en los términos del artículo 348) el que presta el Ejército permanente y la Marina, el que se hace por los Cuerpos de la Guardia Civil, los resguardos de Hacienda y cualquier fuerza permanente organizada militarmente que dependa en este concepto del Ministerio de la Guerra o del de Marina, y esté mandada por jefes militares.

El artículo 349 de la Ley enumeraba los delitos que se habían de considerar excluidos de la competencia de la jurisdicción militar, mientras que el artículo 350 especificaba, en una larga enumeración de catorce apartados, los delitos atribuidos al conocimiento de aquella. La enumeración conjugaba el elemento personal (causas criminales por delitos cometidos por militares o marinos de todas clases en servicio activo, a excepción de los enunciados por el artículo 349) con el elemento material, con independencia de quien fuere el inculpado (delitos de espionaje, insulto a centinelas, seducción y auxilio a la desertión en tiempos de paz, robo de armas, traición... etc.) y, por último, con el elemento del lugar de comisión (delitos cometidos en plazas sitiadas por el enemigo, delitos que se cometan en los arsenales, a bordo de embarcaciones, así nacionales como extranjeras, cuando no sean de guerra, y se lleven a cabo en puerto, bahías, radas o cualquier punto de nuestra zona marítima...).

Finalmente, el artículo 351 concretaba la norma penal aplicable: las Ordenanzas militares para los miembros de los Ejércitos y el Código Penal para las restantes personas, salvo cuando el delito cometido no estuviere castigado por el mismo, supuesto en el que pasarían a aplicarse las Ordenanzas.

Como puede apreciarse, aún es desmesuradamente amplio el ámbito competencial de la jurisdicción militar, si bien, quizá por vez primera, se intenta con alguna coherencia que responda tan sólo a las necesidades del servicio.

En los años inmediatamente posteriores, destacan dos normas de notable interés.

Una, el Real Decreto de 9 de abril de 1874, por el que se militarizaba el Cuerpo Jurídico Militar, hasta entonces civil. MENÉNDEZ PIDAL, con toda razón a nuestro juicio, ha censurado este notable error (47) que encuentra su explicación en el hecho de que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 creó la Carrera judicial, con el carácter de cuerpo técnico de escala independiente, y como entonces los Auditores de guerra quedaron fuera de la misma, el citado Decreto optó por militarizarlos, creándose de este modo el Cuerpo de letrados militarizados y, por tanto, dependiente del mando militar y sujeto a la obediencia y disciplina castrense.

Otra, el Real Decreto de 19 de julio de 1875, que suprime la llamada jurisdicción ordinaria de guerra, estableciendo a la par una sola clase de Consejo de Guerra, como tribunal militar de primera instancia, desapareciendo, en consecuencia, la división de los Consejos en ordinarios, extraordinarios y de oficiales generales. Bien es verdad que en 1884 se suprimirá esta innovación, retornándose al sistema jurisdiccional de las Ordenanzas de Carlos III.

### 1) *El proceso de codificación militar*

La década de los ochenta marca el inicio del proceso codificador militar. Ya en el año 1880 se encomendaba a una Comisión Codificadora Militar la reforma general de la justicia castrense. Como resultado de sus trabajos, las Cortes aprobaban la Ley de bases para la reforma de la Justicia Militar, de 15 de julio de 1882, autorizando al Gobierno para que, oída dicha Comisión, redactase y publicase los Códigos Penales para el Ejército y la Armada, las Leyes de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra y la Ley de Enjuiciamiento Militar.

El proceso codificador culminará con la promulgación de los siguientes textos legales:

- a) En el Ejército de Tierra, la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra, de 10 de marzo de 1884; el Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre de 1884, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de septiembre de 1886.

(47) FAUSTINO MENÉNDEZ PIDAL: «La Justicia Militar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 159, 1931, págs. 333 y sigs.; en concreto, pág. 340.

- b) En la Marina de Guerra, el Código Penal de 24 de agosto de 1888; la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de noviembre de 1894, y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de la misma fecha.

Este conjunto normativo iba a entronizar plenamente el dogma ya referido de «el que manda juzga»; y en tal principio se ha visto (48) una de las principales razones del protagonismo asumido en estos lustros por la jurisdicción castrense en la resolución de los conflictos sociales y políticos, protagonismo que llevaría a aquélla a actuar como un instrumento especializado de defensa contra los movimientos sociales organizados con aspiraciones de transformaciones políticas de envergadura o de conquista del propio poder político; en el fondo de todo ello se hallaba la propia organización de los Tribunales de Guerra, que aseguraba que los fallos judiciales fueran de «plena garantía» para los planteamientos antes apuntados.

La desfavorable acogida que tuvo el Código Penal del Ejército de 1884 y los defectos pronto apreciados en la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales militares del mismo año, así como también en la Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886 (49), condujeron al nombramiento de una nueva Comisión codificadora militar a la que se encomendó la redacción de un anteproyecto que abarcase las normas orgánico-judiciales, sustantivo-penales y procesales a aplicar al Ejército. Los trabajos de esta Comisión sirvieron de base al Proyecto de ley presentado a las Cámaras en 1889, que culminó en la Ley de 25 de junio de 1890, autorizando al Ministro de la Guerra para publicar el Código de Justicia Militar, conforme al mismo, si bien se le autorizaba para introducir las modificaciones pertinentes de acuerdo con los dictámenes de las Comisiones de ambas Cámaras y oyendo al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

El proceso culminaría en el Real Decreto de 27 de septiembre de 1890, por el que se publicaba el Código de Justicia Militar, cuerpo legal que, según CASADO (50), junto a la ventaja práctica de compendiar en un solo texto todo lo relativo a la justicia y disciplina militares, reunía la de ser un instrumento

(48) ANTONIO GONZÁLEZ QUINTANA: «Justicia Militar en la España Republicana durante la Guerra Civil Española (1936-1939)», en el colectivo *Justicia en Guerra* (Jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil Española: instituciones y fuentes documentales), Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, págs. 171 y sigs.; en concreto, págs. 173-174.

(49) Cfr., al respecto, PABLO CASADO BURBANO: «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», *op. cit.*, págs. 39-41.

(50) *Ibidem*, pág. 41.

de defensa eficaz en manos de los Tribunales militares, a quienes concedía amplísimo arbitrio.

En la Marina de Guerra, por el contrario, subsistirían hasta el año 1945 los tres cuerpos legales con anterioridad referidos.

A la vista de estas normas, la jurisdicción penal militar quedaba constituida de la siguiente forma (51):

- a) Organos jurisdiccionales del Ejército eran: los Capitanes Generales de Distrito (Región), los Generales en Jefe de Ejército y los Generales y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, los Gobernadores de plazas y fortalezas sitiadas o bloqueadas y Comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina.
- b) Organos jurisdiccionales de la Marina eran: el Consejo de disciplina, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales, los Capitanes Generales de Departamentos marítimos y Comandantes Generales de Escuadra, la Autoridad jurisdiccional de Marina en Madrid y el Consejo Supremo de Justicia, denominado «de Guerra y Marina».
- c) Por lo que hace a la competencia de estos órganos, hay que significar que tanto en el Ejército como en la Marina, se basa en el tríptico de materia, persona y lugar, en unas líneas acordes con las ya referidas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien, las circunstancias políticas propiciarán el progresivo recurso a la jurisdicción castrense con fines de represión política, tal y como ya hemos puesto de relieve, con la consiguiente expansión de esta jurisdicción.
- d) Finalmente, el mando y la jurisdicción serían ejercidos por la Autoridad militar con el asesoramiento del Auditor.

Ya en el nuevo siglo, la Ley de 9 de febrero de 1912 excluirá en todo caso del enjuiciamiento por Consejos de Guerra a los senadores y diputados a Cortes.

Años más tarde, se volverá a incidir sobre la justicia militar, en esta ocasión sobre aspectos procedimentales (Reales Decretos de 19 de marzo de 1919 y 13 de agosto de 1920, para el Ejército, y de 7 de agosto de 1920, para la Marina), con la finalidad de potenciar en alguna medida el carácter técnico-ju-

(51) Seguimos de cerca la exposición de NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO: «La evolución histórica...», *op. cit.*, págs. 60-62.

rídico de esta jurisdicción mediante la eventual intervención de un Juez instructor letrado militarizado, en el caso de que se persiguiesen delitos comunes o atribuidos a paisanos, y mediante la sustitución, en los Consejos de Guerra, del antiguo asesor jurídico con voz y sin voto, por un vocal ponente jurídico-militar, modificación a la que se unía una cierta ampliación de los derechos de defensa.

El mecanismo procesal de la justicia castrense en este período iba a quedar perfectamente compendiado en la Exposición elevada al Gobierno por la Comisión designada por el Real Decreto de 11 de junio de 1920, en la que puede leerse lo que sigue: «Dados los principios fundamentales del ejercicio de la jurisdicción militar, las sentencias de los Consejos de Guerra no están sólo integradas por los pronunciamientos que hagan estos Tribunales, sino que se requiere el dictamen del Auditor y el subsiguiente Decreto de la autoridad jurisdiccional, cuando el examen y aprobación de la sentencia no está reservado al Consejo Supremo.»

Este conjunto normativo —del que hemos hecho voluntaria omisión de cuanto atañe al ámbito competencial de la jurisdicción castrense— permanecería de modo sustancial hasta la Segunda República, momento en el que asistimos al primer intento serio de reforma en profundidad de la justicia militar, si bien no puede ignorarse que con anterioridad ya se habían alzado algunas voces doctrinales en pro de una radical innovación de este sistema jurisdiccional (52). Tal sería el caso, por ejemplo, de MENÉNDEZ PIDAL (53), quien reclamaba la introducción en España de un sistema de jurisdicción técnica análogo al seguido por la Alemania de Weimar, en donde la Ley de 17 de agosto de 1920, de desarrollo de los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1919, declaraba abolida la competencia de los Tribunales militares, salvo en tiempo de guerra, y para el personal de la Marina del Reich, embarcado a bordo de los navíos de guerra en servicio. Consecuentemente, las personas sometidas con anterioridad al fuero castrense habían de ser juzgadas por los Tribunales de escabinos («Schoeffen»), Salas de lo Criminal y Tribunal del

(52) Estas preocupaciones doctrinales entre nosotros sintonizan con las que unos lustros antes iban a multiplicarse por toda Europa, como muestran, entre otros muchos, los trabajos de J. CHARMONT («L'armée et la démocratie», en *Revue Politique et Parlementaire*, septiembre-diciembre 1900, págs. 453 y sigs.) respecto de Francia, y de H. SPEYER («La réforme de la juridiction militaire en Belgique», en *Revue Politique et Parlementaire*, enero-marzo 1900, págs. 301 y sigs.) en relación a Bélgica. Este último autor reclamará (pág. 323) «l'adoption de garanties visibles contre la sévérité excessive ou l'inexpérience des militaires, les précautions prises pour empêcher que l'esprit de subordination — vertu cardinale dans l'armée — ne pénétrât dans le prétoire et n'y devînt un élément décisif dans les délibérations».

(53) FAUSTINO MENÉNDEZ PIDAL: «La Justicia Militar», *op. cit.*, pág. 339.

Reich, esto es, por los tribunales ordinarios, con sujeción a las normas de enjuiciamiento criminal, con algunas leves modificaciones.

### J) *La tendencia expansiva de la jurisdicción militar*

El marco que acabamos de diseñar iba a verse sometido progresivamente a tal grado de distorsiones (especialmente en el ámbito competencial) que al advenimiento de la Segunda República la hipertrofia de la Justicia Militar, como la tildara JIMÉNEZ DE ASÚA (54), era una realidad indiscutible.

Más aún, la expansión de la jurisdicción militar fue de tal índole que ciertos sectores doctrinales llegaron a decir que en virtud de las invasiones producidas a partir del Decreto-ley de 1868, se había convertido en regla general y en excepción suya la jurisdicción ordinaria de la que en realidad emanaba la castrense (55).

La Ley de Secuestros, de 8 de enero de 1877, inicia el proceso expansivo al atribuir el conocimiento del delito de secuestro a un Consejo de Guerra permanente que, llegado el caso, había de constituirse en cada provincia.

El 10 de julio de 1894, se promulgaba la llamada Ley de represión de los delitos de atentado cometidos por medio de explosivos, que aunque inicialmente atribuía su conocimiento al llamado Tribunal del Jurado (instituido por la Ley de 20 de abril de 1888), en un momento inmediatamente ulterior, iba a ser modificada por la Ley de 2 de septiembre de 1896, que encomendaba a la jurisdicción militar el conocimiento de aquellos atentados contra las personas o de aquellos actos que causaren daño en las cosas, empleando para ello sustancias o aparatos explosivos o inflamables.

El nuevo siglo conduce al clímax en este proceso de progresiva expansión. Los gravísimos sucesos de finales de 1905 en Barcelona (56), que desencadenaban, el 29 de noviembre, la suspensión de garantías constitucionales por el Gobierno, constituían asimismo la semilla de la que habría de surgir la dis-

(54) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1974, pág. 1.362.

(55) A este sentir de la doctrina se ha referido ERNESTO PEDRAZ PENALVA: «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional» (Jurisdicciones ordinarias y especiales), en el colectivo «Justicia en Guerra», *op. cit.*, págs. 317 y sigs.; en concreto, pág. 323.

(56) La publicación de una caricatura de pésimo gusto en el periódico catalanista *La Veu de Catalunya* produjo tal estado de excitación en la oficialidad del Ejército, que la redacción del mismo —como también la del «Cu-Cut»— fue invadida y destruida por oficiales de la guarnición. Cfr. al respecto, RICARDO LEZCANO: *La Ley de Jurisdicciones, 1905-1906* (Una batalla perdida por la libertad de expresión), Akal Editor, Madrid, 1978.

cutida Ley de Jurisdicciones (Ley para la represión de los delitos contra la Patria y el Ejército), de 23 de marzo de 1906, que, de un lado, viene a tipificar tres nuevas conductas delictivas: el hecho de tomar las armas contra la Patria bajo banderas enemigas, o bajo las de quienes pugnaren por la independencia de una parte del territorio español; el ultraje a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación, y la injuria u ofensa, clara o encubierta, al Ejército o a la Armada, o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados. La Ley prescribía que de las causas a que se refería el tercer tipo de conductas delictivas conocerían los Tribunales del fuero de Guerra y Marina (art. 5º), mientras que los Tribunales ordinarios serían competentes en las causas que se instruyeran por cualquiera de los restantes delitos, siempre que los encausados no pertenecieran al Ejército de mar o tierra y no incurrieran por el acto ejecutado en delito militar.

De este modo, la Ley sustraía de cualquier crítica al Ejército y a la Marina, y, lo que puede ser más grave, asignaba al propio sujeto pasivo (de modo mayoritario no jurídicamente profesionalizado) la tarea de reprimir la ofensa sustrayendo del juez legal o natural su enjuiciamiento y consiguiente decisión (57).

La Ley de Jurisdicciones inició —si cabe, más bien acentuó— un proceso de alteraciones, casi constantes a lo largo del presente siglo, de lo que hoy denominaríamos el «ámbito competencial castrense», modificando el concepto de jurisdicción militar (58). Con ser ello cierto, y de notable gravedad y trascendencia, sus efectos fueron mucho más impactantes, de mayor enjundia política, por cuanto, como significara MADARIAGA (59), desde el mismo día en que el Parlamento votó esta Ley, el poder de la clase militar en el Estado —poder que en asuntos puramente militares había sido siempre predominante— franqueó los límites profesionales y empezó a intervenir imperiosamente en el terreno civil. En definitiva, a partir de este momento, el Ejército es la fuerza predominante en la política española.

Se inicia además con la Ley de 1906 la atribución a la jurisdicción castrense del conocimiento de los delitos contra la seguridad del Estado, pauta que proseguirá, acentuándose todavía más, con la Dictadura de Primo de Rivera.

El golpe de Estado del general Primo de Rivera supondrá en el punto que ahora nos interesa un notabilísimo fortalecimiento de las competencias de la

(57) ERNESTO PEDRAZ PENALVA: «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional», *op. cit.*, pág. 324.

(58) JESÚS DEL OLMO PASTOR: «La reforma de la jurisdicción militar», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 590, enero-febrero 1990, págs. 24 y sigs.; en concreto, pág. 24.

(59) SALVADOR DE MADARIAGA: *España. Ensayo de historia contemporánea*, Espasa-Calpe, 13ª ed., Madrid, 1979, págs. 138-139.

jurisdicción castrense. Un Real Decreto de 18 de septiembre de 1923, en defensa de la unidad nacional, atribuye a aquélla el conocimiento de todos los delitos contra la seguridad y unidad de la Patria y cuanto tienda a disgregarla, restarle fortaleza y rebajar su concepto, ya sea por medio de la palabra o por escrito, ya por la imprenta o cualquier medio mecánico o gráfico de publicidad y difusión, o por cualquier clase de actos o manifestaciones.

A esta norma seguirá otro Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, que atribuye a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos de atentado cometidos por medio de explosivos, de traición y de lesa majestad (60).

La proclamación de la Segunda República Española acabará con esta dinámica, introduciendo un elemento de racionalización en un ámbito en el que la pasión política había terminado de desvirtuar y desnaturalizar por entero la razón de ser de la propia institución.

### K) *La Justicia Militar en la Segunda República*

I) Los tres primeros meses del régimen político instaurado el 14 de abril de 1931 nos muestran una verdadera eclosión de disposiciones relativas a la jurisdicción castrense, cuyo común denominador nos viene dado por la reducción de su extensísimo ámbito competencial, el establecimiento de un mínimo de garantías para los inculpados, la profesionalización y tecnificación de la jurisdicción castrense y el intento de compaginar su existencia con el principio de unidad jurisdiccional (61).

En definitiva, se pretende su reducción a un orden jurisdiccional especializado. La doctrina más cualificada se situará en esta dirección. Así, ANTON ONECA y JIMENEZ DE ASUA (62) defenderán una justicia militar circunscrita a aquellos supuestos constitutivos de actos atentatorios a la existencia del Ejército y a la disciplina, como también a los medios bélicos, siempre y cuando fueren cometidos por militares, pues de no concurrir esta circunstancia,

(60) Un Real Decreto de 24 de marzo de 1931 derogó el Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, restableciendo la vigencia de los preceptos legales que regían sobre la competencia de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

(61) Para GONZÁLEZ QUINTANA («Justicia Militar en la España Republicana durante la Guerra Civil...», *op. cit.*, pág. 174), los Gobiernos republicanos del primer bienio se plantearon dos objetivos básicos: por un lado, la profesionalización de la justicia militar, detrayendo la capacidad judicial a los mandos militares, y por otro, la finalización de lo que se entendían como privilegios militares, a saber, el fuero militar y la potestad de entender en asuntos claramente referidos a la libre expresión de las ideas, aunque éstas se refirieran a la institución militar.

(62) J. ANTON ONECA y L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Derecho Penal*, II. Madrid, 1930, págs. 428 y sigs.

la competencia había de trasladarse a los Tribunales ordinarios. Por su parte, OSSORIO y GALLARDO (63) se inclinará por una competencia de los tribunales castrenses reducida a juzgar los delitos que directa y especialmente afecten a la eficacia de la acción militar, independientemente de que el sujeto activo sea militar o civil.

II) Es muy significativo que la primera de las normas referentes a la justicia militar sea el Decreto-ley de 17 de abril de 1931, cuyo artículo único deroga la Ley de Jurisdicciones de 1906. Este Decreto-ley sería ratificado con fuerza de ley por la Ley de 18 de agosto del mismo año 1931 (64).

Sin embargo, la norma más trascendental de estos primeros momentos de la República, por lo que a la jurisdicción militar se refiere, es el Decreto-ley de 11 de mayo de 1931 (ratificado con carácter de ley por la de 18 de agosto del mismo año), que, básicamente, se proyecta en una triple dirección:

- a) La reducción de la competencia de la jurisdicción castrense al delito esencialmente militar.
- b) La privación al mando militar de toda potestad jurisdiccional.
- c) La disolución del Consejo Supremo de Guerra y Marina y la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se confieren las atribuciones de aquél.

Nos referiremos con mayor detenimiento a estas innovaciones, que creemos que, en buena medida, pueden considerarse como el antecedente inmediato de la reforma operada en los últimos años sobre la Justicia Militar.

a) El artículo 1º del Decreto-ley de 11 de mayo reduce la jurisdicción de los Tribunales de Guerra a los hechos o delitos esencialmente militares de que aquélla conoce por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de ejecución (65). Estas limitacio-

(63) ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO: *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929, base 31, pág. 225.

(64) Dos Ordenes de 20 y 23 de abril de 1931 modificarán, respectivamente, el párrafo primero del número 7 del artículo 7º del Código de Justicia Militar de 1890 y el número 10 del artículo 7º de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894 (relativos a las causas de que han de conocer la Jurisdicción de Guerra y la de Marina) en concordancia con las previsiones del Decreto-ley de 17 de abril.

(65) Una Orden de 17 de junio de 1931 dispuso que los preceptos del Decreto-ley de 11 de mayo «en lo que afecta a la reducción de la competencia de la jurisdicción militar, no son de aplicación en la Zona de Protectorado español de Marruecos, en la que, con excepción de los territorios de soberanía española, seguirán rigiendo en orden a competencia las disposiciones del Código de Justicia Militar y demás que estuvieran vigentes con anterioridad a la publicación del mencionado Decreto-ley».

nes se aplicaban también a la jurisdicción de Marina, sin perjuicio de que ésta siguiera conociendo de los delitos y faltas que en ese momento le estaban sometidos en relación con el tráfico marítimo.

Complementando las anteriores previsiones, el artículo 3º del Decreto-ley derogaba la Ley de 8 de enero de 1877, esto es, la Ley de Secuestros (también llamada de bandolerismo), emblemática, como en su momento señalamos, en cuanto al proceso de expansión de la jurisdicción militar. También quedaban sin efecto los preceptos que en las leyes penales especiales, posteriores, hubieran ido sometiendo a la jurisdicción castrense hechos de los que anteriormente viniera conociendo la jurisdicción ordinaria, a la que volvían a someterse las causas con ellos relacionadas.

b) La segunda gran innovación de la norma es la privación al mando o autoridad militar de toda potestad jurisdiccional. «Los Capitanes Generales — prescribe el párrafo primero del artículo 4º — dejarán de ejercer intervención como autoridad judicial en los asuntos reservados a las jurisdicciones de Guerra o de Marina.»

En coherencia con ello, se atribuye a las respectivas Auditorías la designación de los jueces, el sostenimiento de las competencias, el mantenimiento de los turnos para la composición de los Consejos y la interposición contra sus fallos, cuando no los creyesen ajustados a Derecho, de los recursos de casación o de apelación.

Casa esta importante innovación con el propósito que inspira al Decreto (del que se hacía eco en su parte expositiva el Decreto-ley de 9 de junio de 1931): «facilitar la mayor intervención posible al personal técnico, apartando al militar de todo lo que no sean sus naturales funciones». También responde a tal fin la previsión de que la acusación, una facultad indiscutiblemente técnica, sea ejercida siempre por un Fiscal del Cuerpo jurídico, con dependencia directa del Fiscal General de la República. En esta dirección, el último párrafo del artículo 5º determina que a las órdenes del Fiscal General, se destinarán los Auditores que representen al Ministerio público ante la jurisdicción militar y ante la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo (66).

c) La última de las modificaciones afectaba al Consejo Supremo de Guerra y Marina, que se declaraba suprimido y disuelto (art. 5º), pasando sus atribuciones judiciales a la Sala de Justicia Militar que se establecía en el Tribunal Supremo, que quedaba compuesta por seis magistrados: dos del propio

(66) Un Decreto-ley de 4 de julio de 1931, que recibía el carácter de Ley por la de 16 de septiembre del mismo año, en análoga dirección, establecía de modo general que en todas las causas en que conociera la jurisdicción de Guerra, las funciones atribuidas al Ministerio público habían de ser ejercidas únicamente por las Fiscalías Jurídico-Militares, dependiendo del Fiscal General de la República.

Tribunal Supremo, tres procedentes del Cuerpo jurídico del Ejército y uno del de la Armada. A este respecto, conviene significar que la Ley de 12 de septiembre de 1932, de reclutamiento y ascenso de la Oficialidad del Ejército, desmilitarizaba el Cuerpo de justicia militar. En efecto, su artículo 9º determinaba que el personal del mismo «no tendrá asimilación ni categoría militar alguna, se reclutará por oposición entre Licenciados en Derecho que reúnan las condiciones reglamentarias y practiquen seis meses en su servicio peculiar».

Una Orden de 17 de julio de 1931 dictaba un conjunto de normas complementarias del Decreto-ley de 11 de mayo, en relación con la Sala de Justicia Militar, que quedaba sometida a la vida disciplinaria propia del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al procedimiento de nombramiento de sus miembros, cabe recordar que los dos magistrados procedentes de la Carrera judicial habían de ser nombrados de igual modo que los restantes magistrados del Tribunal Supremo: los tres procedentes del Cuerpo jurídico del Ejército, por Decreto refrendado por el Ministerio de Justicia a propuesta unipersonal, para cada plaza, del Ministro de la Guerra, y el procedente del Cuerpo jurídico de la Armada, lo será de igual modo, si bien a propuesta del Ministro de Marina.

El Presidente de la Sala de Justicia Militar podía proceder indistintamente de la Carrera judicial o de los Cuerpos jurídicos militares, con independencia de que hubiera sido o no magistrado de la Sala de Justicia Militar o de cualquiera otra Sala del Tribunal Supremo. Vacante la Presidencia, era el Consejo de Ministros quien había de determinar la procedencia que debía tener el funcionario que se nombrara para aquélla.

No deja de ser significativo, como fácilmente puede constatarse, el intervencionismo a todas luces desmesurado del Gobierno en el procedimiento de nombramiento de los magistrados de esta Sala, circunstancia que casa muy mal con el principio de independencia judicial que debía manifestarse con toda intensidad en una Sala que se integraba orgánicamente en el supremo órgano jurisdiccional del Estado (67).

Por si cupiese alguna duda respecto a la plena integración de la Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo, el artículo 1º del Decreto de 3 de julio de 1931, adaptando el Código de Justicia Militar a las normas jurídicas im-

(67) En análogo sentido se manifiesta ERNESTO PEDRAZ PENALVA (en «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional», *op. cit.*, pág. 335), a cuyo juicio han de cuestionarse preceptos como los relativos al sistema de designación libre por el Ejecutivo o el de nombramiento a propuesta de una corporación preseleccionada y designada por el Gobierno, de los magistrados de la Sala de lo Militar.

plantadas por la República. a efectos del funcionamiento de la Sala en cuestión, prescribía que ésta, al formar parte orgánica del Tribunal Supremo, quedaba plenamente sometida a la vida disciplinaria del mismo y a las necesidades del servicio interpretadas por el Presidente y la Sala de Gobierno.

El propio Decreto de 3 de julio, asimismo, introducía en el Código de Justicia Militar una serie de importantes innovaciones procesales, que venían requeridas —según se argumentaba en su parte expositiva— por razones tales como: la distinción fundamental entre la naturaleza y carácter de los períodos sumarial y plenario, la necesidad de otorgar mayores garantías de defensa en el procedimiento militar a los procesados y, en último término, la ineludibilidad de evitar la transgresión de elementales preceptos de Derecho procesal, como los que se vulneran en el Código de Justicia Militar al permitir que quien realiza funciones de Juez instructor intervenga después en el plenario como ponente y juzgador. Asimismo, se consideraba indispensable, por razones de civilidad, que en la esfera penal militar se abriera vía para la querrela cuando indebidamente y por actos que notoriamente quedaran fuera de las lindes disciplinarias, se hiciese objeto de vejación, agravio o injusticia a cualquier subordinado.

Estos objetivos se reflejarían en las reformas introducidas sobre algunos artículos del Código de Justicia Militar. Especial interés presenta a estos efectos la nueva redacción dada a su artículo 343, a tenor del cual:

«En los juicios militares se procederá de oficio, o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o a instancia de parte legítima que resulte agraviada por el supuesto delito, siempre que el acto origen de la querrela no sea estrictamente disciplinario. La querrela se sustanciará conforme a la jurisdicción criminal ordinaria. Esta misma disposición será aplicable al enjuiciamiento militar de Marina.»

Destacaremos asimismo el reconocimiento a los procesados y querellantes de su facultad de ejercitar, durante la instrucción del sumario, cuantos recursos e intervenciones les concede la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de la rapidez del procedimiento y del secreto sumarial.

Finalmente, el Decreto de 3 de julio de 1931, en los supuestos de delitos de los que hubiera de conocer privativamente la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo, facultaba a ésta para delegar, a efectos de la instrucción sumarial, en el juez o magistrado de la jurisdicción ordinaria o en la autoridad judicial militar que considerara conveniente al mejor servicio, si bien siempre con expresa determinación de las atribuciones delegadas, y sin que el ins-

structor pudiese desempeñar función alguna como ponente, ni intervenir en el período plenario del juicio.

Retornando tras este inciso al Decreto-ley de 11 de mayo, y más en concreto a la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo, señalaremos por último que el artículo 5º de esta última norma enunciaba las competencias de la nueva Sala, que, además de asumir cuantas atribuciones judiciales correspondían al Consejo Supremo de Guerra y Marina, había de conocer de los recursos de apelación y casación que interpusieran los Auditores o los Auditores Militares contra los fallos de los Consejos de Guerra (art. 3º del Decreto de 13 de septiembre de 1935, y arts. 3º y 4º de la Ley de 17 de julio del mismo año) (68). También había de conocer la Sala de los recursos de revisión contra los fallos de la jurisdicción de Guerra o Marina (art. 9º del Decreto de 13 de septiembre de 1935), decidiendo asimismo las cuestiones en que hubiese desacuerdo entre el parecer del Auditor y el de la Autoridad militar en causas criminales o expedientes judiciales por faltas graves (art. 9º del mismo Decreto).

Un Decreto-ley de 2 de junio de 1931, al que se daba naturaleza de ley por la de 16 de septiembre del mismo año, contemplaba un conjunto de disposiciones orientadas al cumplimiento del Decreto-ley de 11 de mayo: funciones judiciales de los Auditores; inhibición de los mismos en las causas que no fueran de la competencia de la jurisdicción castrense; procedimiento a seguir con las causas que se hallaren tramitándose en el suprimido Consejo Supremo de Guerra y Marina; tramitación de los procedimientos por delitos comprendidos en los Bandos de la autoridad militar en territorios declarados en estado de guerra; ejercicio por los Auditores respectivos de la jurisdicción disciplinaria que atribuye a las autoridades judiciales regionales el Código de Justicia Militar, en tanto en cuanto se entendía que esta jurisdicción disciplinaria tenía carácter judicial; determinación de que el procedimiento a seguir en los juicios sumarísimos se habría de ajustar a lo prevenido en el Código de Justicia Militar, sin más diferencia que la de que corresponderían a los Auditores las funciones atribuidas a la autoridad judicial militar, bien que con la importantísima precisión de que en el supuesto de imposición de la pena de muerte, ésta no se podría ejecutar hasta que el Gobierno acusara recibo del conocimiento, que habría de dársele por el medio más rápido.

(68) PEDRAZ PENALVA (en «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional», *op. cit.*, pág. 335) ha observado en este punto cómo persiste —en contra de los principios esenciales del Derecho procesal— la carencia de legitimación de Fiscal y encausado para impugnar las resoluciones, continuando en manos de la Autoridad judicial la decisión de estimar o no lesivo el fallo y, en su consecuencia, de recurrir.

III) La jurisdicción de Marina sería objeto de algunas disposiciones particulares que le iban a afectar directa o indirectamente. Tal sería el caso del Decreto de 20 de mayo de 1931, de Bases para la organización de la Marina Mercante, Bases entre las que es preciso destacar la reforma de la administración de justicia en cuanto se refiere a la jurisdicción de Marina en los delitos profesionales y en los que afecten a la disciplina en los buques mercantes, mediante la creación para el conocimiento de tales delitos de Tribunales marítimos integrados por personal especializado en estas funciones y con un carácter completamente civil.

Asimismo, es de destacar el Decreto-ley de 9 de junio, que recibía el carácter de Ley por la de 26 de agosto, ratificado con ese mismo carácter por la Ley de 14 de octubre de 1931, que le adicionaba un nuevo artículo, el artículo 2º, de conformidad con el cual, la jurisdicción de Marina sólo conocería de los delitos previstos en el Código Penal de la Marina de Guerra y de los delitos y faltas en relación con el tráfico marítimo contemplados por el artículo 8º de la propia norma (delitos de abordaje, naufragio y los restantes previstos por la Ley Penal de la Marina Mercante), si bien estos últimos serían fallados por los Tribunales marítimos, constituidos como los Consejos de Guerra, por jefes y oficiales del Cuerpo General y un vocal ponente del Cuerpo jurídico, siendo dos de los vocales Capitanes de la Marina Mercante que acrediten, cuando menos, cinco años de navegación con plaza a bordo.

Por lo demás, el Decreto-ley de 9 de junio asignaba el ejercicio de la jurisdicción de Marina a una Auditoría general con sede en Madrid (69), afecto a la cual existiría un Ministerio fiscal dependiente del Fiscal general de la República. Los Auditores y Tenientes Auditores dependientes de la Auditoría general eran los encargados de la instrucción de los procedimientos, si bien podían ser designados instructores los generales (se supone que la norma se está refiriendo a los almirantes), jefes y oficiales del Cuerpo General de la Armada.

Reflexionando sobre estas innovaciones, como también sobre las establecidas por el Decreto de 11 de mayo, la doctrina ha puesto de manifiesto la relativa falta de originalidad de las mismas, que ya habían sido postuladas en 1850 por el brigadier Feliú de la Peña en sus «Fundamentos de un nuevo Código Militar» y en 1851 en su «Proyecto de Código Militar» (70). Sin em-

(69) Un Decreto de 5 de mayo de 1936 traspasará el ejercicio de la jurisdicción de Marina a las Auditorías de las Bases Navales, de la Escuadra y de la jurisdicción de Marina en Madrid.

(70) NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO: «Justicia Militar en la España Nacional: La Jurisdicción Militar en el período 1918-1936», en el colectivo *Justicia en Guerra, op. cit.*, págs. 389 y sigs.; en concreto, pág. 390.

bargo, el antecedente es tan aislado y se retrotrae tanto en el tiempo que pierde buena parte de su interés.

IV) Las modificaciones expuestas iban a verse refrendadas pocos meses después por el propio código constitucional republicano. El artículo 95 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 —segundo precepto del Título VII, dedicado a la Justicia—, tras proclamar que «la Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes», precisaba que «la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados».

En sintonía con esta previsión, el párrafo tercero del mismo artículo 95 impedía el establecimiento de fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares, exceptuando «el caso del estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público». Finalmente, el precepto en cuestión abolía todos los Tribunales de honor, tanto civiles como militares.

JIMÉNEZ DE ASÚA (71), comentando el «iter» constituyente de este precepto, destacaría la supresión, respecto de los artículos equivalentes del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora y del Proyecto parlamentario (ambos comenzaban afirmando que: «La Administración de Justicia será una»), del carácter unitario de la Administración de Justicia, para que no se excluyera la jurisdicción paritaria (esto es, de los pares), si bien, de ello no debía deducirse que el constituyente rechazara el principio de unidad jurisdiccional. En todo caso, la falta de claridad en la enunciación de tan fundamental principio, pese, según POSADA (72), a la intención incontrastable de las Cortes Constituyentes a su favor, sería objeto de críticas no exentas de razón (73).

A la vista del referido artículo 95, PÉREZ SERRANO (74) se interrogaba acerca de qué debía entenderse por algunos de sus conceptos (delitos militares y servicios de armas, de modo particular). Teniendo presente el Código de Justicia Militar, la competencia de la jurisdicción castrense era enorme, no resultando lógico al citado autor que el precepto constitucional resultase letra muerta porque la norma que había de servirle de complemento respondiera al «criterio invasor» que caracterizaba la jurisdicción de Guerra.

(71) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Editorial Reus, Madrid, 1932, pág. 410.

(72) ADOLFO POSADA: *La nouvelle Constitution espagnole (Le régime constitutionnel en Espagne)*, Sirey, París, 1932, pág. 203.

(73) Cfr., al respecto, ANTONIO ROYO VILLANOVA: *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, págs. 280-283.

(74) NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *La Constitución Española (Antecedentes. Texto. Comentarios)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 291.

Es por ello mismo por lo que PÉREZ SERRANO entendía que los casos en que la competencia de esta jurisdicción se determinaba por razón de las personas o del lugar (arts. 5º y 9º del citado Código) «quedan desde ahora sometidos a los Tribunales del fuero común», siendo la única excepción admisible la del estado de guerra (75).

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la reducción competencial de la jurisdicción castrense a que apunta PÉREZ SERRANO no sólo debía admitirse desde el mismo momento de entrada en vigor de la Constitución, sino que debía ser considerada como una realidad jurídica plenamente vigente desde la publicación del Decreto-ley de 11 de mayo de 1931 (ratificado además con carácter de ley por la de 18 de agosto, como ya expusimos), y cuantas restantes normas se opusieran a ello debían entenderse acomodadas a la nueva disposición.

En todo caso, como hemos podido ver, la Constitución de 1931 no llegó al extremo de la alemana de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que tanto impactara sobre nuestros constituyentes republicanos, pues, el texto de Weimar, tras prohibir los tribunales de excepción en su artículo 105 y establecer que nadie podría ser sustraído a la jurisdicción de su juez legal (si bien se precisaba que estas disposiciones no afectarían al mantenimiento de los preceptos legales relativos a los Tribunales y Consejos de Guerra), declaraba (art. 106) suprimida la jurisdicción militar, excepto para época de guerra o a bordo de buques de guerra.

Ello no obstante, parece fuera de toda duda que el código weimariano ejerció en este punto un cierto influjo sobre los constituyentes y legisladores de la Segunda República, en especial, del primer bienio.

V) Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1931, nos vamos a encontrar también con un amplio elenco de normas que, en mayor o menor medida, inciden sobre la jurisdicción castrense. Nos referiremos a las más significativas de ellas.

La primera, cronológicamente hablando, es la Ley de 27 de agosto de 1932, por la que se modifica el artículo 7º, número 7 del Código de Justicia Militar, en relación con los delitos de atentado y desacato, injuria y calumnia, contra las autoridades y corporaciones o colectividades del Ejército, en el sentido de supeditar el conocimiento de los mismos por la jurisdicción de Guerra, a la

(75) «Los Tribunales militares —añade PÉREZ SERRANO (*op. cit.*, pág. 291)—, Jurados severos, pueden ser insustituibles en su función privativa y peculiarísima: delitos profesionales y época de guerra. Abusar de su intervención es antiliberal en absoluto y contrario por completo a los fines de la Institución armada, que tiene otros altísimos menesteres a su cargo.»

circunstancia de que se cometieren oralmente en actos públicos o por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, o al hecho de que los encausados pertenecieran al Ejército e incurrieran por lo hecho en delito militar.

La trascendencia práctica de esta innovación era evidente, pues implicaba la supresión de uno de los supuestos delictivos que con más frecuencia desencadenaba el sometimiento al fuero castrense de civiles; por lo demás, responde en último término a esa premisa que iba a inspirar la legislación de la República en este punto concreto: circunscribir a los delitos esencialmente militares la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses. Por lo demás, es obvio que las conductas que la Ley de 27 de agosto de 1932 sustrae al fuero castrense no resisten mínimamente la calificación de «delito esencialmente militar».

Una nueva Ley de 30 de enero de 1935 modificaba una vez más el Código de Justicia Militar, en esta ocasión en sentido contrapuesto a como lo había hecho el Decreto de 3 de julio de 1931. La norma en cuestión marca un punto de inflexión respecto de las disposiciones del primer bienio, inflexión que alcanzará su cénit con la Ley de 17 de julio de 1935.

La Ley de 30 de enero incide básicamente sobre cuestiones procedimentales, suprimiendo las remisiones que el Decreto de 3 de julio de 1931 había hecho a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos del régimen de recursos durante la instrucción de la causa, como también a efectos de los procedimientos a seguir por la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo procedentes de las Auditorías. En el primer caso, el artículo 2º de la Ley atribuye a los procesados y a sus defensores, durante la instrucción de la causa, los derechos, recursos e intervenciones que expresamente se consignan en el Código de Justicia Militar, mientras que en el segundo supuesto, se prevé que los procedimientos mencionados se sustancien conforme a los preceptos del Código de Justicia Militar, prescindiendo, pues, de los pertinentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En apoyo de tales innovaciones, de tal normativa «de retorno al pasado», se recurría a un argumento de pura coherencia: subsistiendo los preceptos del Código de Justicia Militar en sus partes orgánica y procesal, no resultaban acordes con ellos las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen y regulan los recursos contra las resoluciones judiciales, «recursos que las más de las veces exigen Tribunales permanentes y cuya profusión se ha reducido». «Y ha evidenciado la práctica —se añade— que tales recursos producen (...) grave entorpecimiento a la actuación de los Tribunales, que si ha de ser en todo caso rápida, debe exaltar más esta cualidad cuando se trata de

infracciones legales de que normalmente o en estados excepcionales ha de conocer la jurisdicción de Guerra.»

Finalmente, la Ley de 30 de enero de 1935 suprime la vía de la querrela en los juicios militares que introdujera el ya citado Decreto de 3 de julio. A tal efecto, restablece la redacción anterior del artículo 343 del Código de Justicia Militar: «En los juicios militares se procederá siempre de oficio o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, y no se admitirá la acción privada.»

Será, sin embargo, la Ley de 17 de julio de 1935, la que profundice en mayor medida la reforma emprendida meses antes, que ahora se proyecta en distintas direcciones:

En primer término, se mantiene (art. 1º) lo preceptuado por la Ley de 30 de enero, en el sentido de que en las causas instruidas por la jurisdicción militar no podrán tramitarse otros recursos que los expresamente consignados en el Código de Justicia Militar.

En segundo lugar, y esta es la finalidad sustancial que persigue la Ley, se restablecen —en contra de lo previsto por el Decreto-ley de 11 de mayo de 1931— las potestades jurisdiccionales de la autoridad militar, lo que se justifica sobre la base de que «si bien es cierto que la aplicación de las Leyes es función técnica y debe reservarse a quienes reúnan las mayores garantías, no lo es menos que esa aplicación trasciende al orden militar con tal intensidad que sólo quienes asumen la responsabilidad del mando y de la disciplina pueden captarla y apreciarla en toda su importancia». Consecuentemente, se entiende que «no hay inconveniente alguno en que el mando militar pueda intervenir en la tramitación y aplicación de la justicia militar, siempre que no padezcan las garantías técnicas del procedimiento y la independencia de los Auditores en el ejercicio de sus funciones de justicia».

En concordancia con este planteamiento, el artículo 2º de la Ley enumera las autoridades militares que tendrán una cierta potestad jurisdiccional (Autoridades militares de las Divisiones, Comandantes militares de Baleares y Canarias, Generales jefe de las fuerzas militares de Marruecos... etc.), mientras que el artículo 3º precisa cuál será la intervención en material judicial que habrá de corresponder a las autoridades militares superiores en tiempo de paz y en territorio no declarado en estado de guerra:

- 1) el conocimiento, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su incoación, de la iniciación de los procedimientos previos, expedientes judiciales por falta grave y causas por delito de que deba conocer la jurisdicción de Guerra en el territorio y fuerzas a que se extiende su mando;
- 2) el nombramiento de los Jueces instructores para las causas de la competencia del Consejo de Guerra de oficiales generales;

- 3) el otorgamiento de su conformidad o disentimiento respecto de las resoluciones que adopten los Auditores jefes, una vez conclusos los sumarios, en las que se decreta el sobreseimiento definitivo o provisional de cualquier procesado, o de aquellas otras en que se impongan correctivos por toda clase de faltas graves;
- 4) la designación, con arreglo a los turnos y reglas establecidos en el Código de Justicia Militar, de los generales, jefes y oficiales que han de componer los Consejos de Guerra, con excepción del Vocal ponente.
- 5) la aprobación o disentimiento, previo dictamen del Auditor jefe, en los casos en que éstos no hubiesen recurrido por su parte, de las sentencias que dicten los Consejos de Guerra de todas clases, interponiendo contra los fallos de éstos, cuando no los creyesen ajustados a Derecho, los recursos de casación o apelación (76).

Estas notabilísimas competencias se verían incrementadas en campaña o en tiempo de guerra o en territorio declarado en tal estado o en el que tuvieran lugar operaciones de campaña o ejercieran su actuación tropas de ocupación.

En tercer término, la Ley iba a incidir sobre la composición de la Sala Militar del Tribunal Supremo. Aunque aceptada la conveniencia de sustituir el añejo Consejo Supremo de Guerra y Marina por la Sala de Justicia Militar, es lo cierto que en el período 1931-35 iba a manifestarse una tendencia reformadora, en el sentido de que, por la especial naturaleza de la vida castrense, era conveniente la presencia de oficiales generales procedentes de Armas o Cuerpos combatientes junto a los magistrados civiles o militares de la expresada Sala (77).

La Ley de 17 de julio de 1935 convertiría en realidad jurídica tal aspiración. Por su virtud, quedaron agregados a la Sala Militar del Tribunal Supremo dos generales de división y dos vicealmirantes, para intervenir, respectivamente, en procesos de las jurisdicciones de Guerra o de Marina que hubieran de fallarse en única instancia por la Sala o que se elevasen a ella por razón de disenso de las autoridades castrenses respecto de las sentencias dictadas por los tribunales militares, por ejercicio de recurso o por la gravedad de los ca-

(76) Un Decreto de 13 de septiembre de 1935 concretaría, y en cierta medida incrementaría, las protestades de la autoridad militar, al hilo de la regulación de las normas de procedimiento y recursos en la jurisdicción militar. Otro Decreto de 29 de agosto del mismo año, en desarrollo asimismo de la Ley, regularía el modo de actuación de la Sala Sexta del Tribunal Supremo (Sala de Justicia Militar).

(77) De esta tendencia se ha hecho eco NICOLÁS GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO: «Justicia Militar en la España Nacional: La Jurisdicción Militar en el período 1918-1936», *op. cit.*, pág. 393.

sos enjuiciados. Como afirma GONZÁLEZ-DELEITO (78), más que de escabinos, se trataba de jurados especiales, informantes sobre los hechos, que aportaban a las deliberaciones de los juzgadores técnicos las consideraciones (más pragmáticas que formalistas) derivadas de su experiencia militar.

El último término, la Ley que venimos examinando procedía a derogar la previsión de la Ley de 12 de septiembre de 1932 por la que se había desmilitarizado al personal de la justicia militar.

Sobre la base de que «la peculiaridad de la justicia militar requiere y demanda un conocimiento íntimo de la vida y funcionamiento del Ejército y una participación de su espíritu que sólo puede lograrse en una convivencia plena y permanente, material y espiritual, con quienes lo integran», el párrafo segundo del artículo 7º de la Ley restablecía en su condición genuinamente militar a los miembros del Cuerpo jurídico militar:

«El personal del Cuerpo jurídico —prescribía el citado precepto— tendrá carácter militar con categorías iguales a las del Ejército. El ingreso en el mismo se efectuará por oposición, por el empleo asimilado a teniente, en el que se permanecerá el tiempo que se fije para adquirir la idoneidad necesaria, mediante las adecuadas prácticas de carácter militar o profesional.»

Las previsiones de esta Ley serían aplicadas a la jurisdicción de la Marina de Guerra. A tal efecto, su Disposición adicional habilitaba al Ministro de Marina para, mediante Decreto, llevar a cabo tal adaptación, modificando al efecto el Decreto-ley de 9 de junio de 1931.

Como fácilmente puede colegirse, esta Ley subvierte buena parte de los postulados en que se había asentado la reforma de la jurisdicción castrense durante el primer bienio. Por ello mismo, no debe extrañarnos que el 21 de junio de 1936 se hiciese público un Proyecto de Ley por el que se derogaba el texto precedente. Proyecto que, por razones obvias, ni tan siquiera llegó a ser debatido en el Parlamento.

En resumen, durante la Segunda República se va a intentar con decisión modernizar la justicia castrense, quebrando de esta forma con una incesante tradición expansionista que, sin embargo, tras la caída del régimen republicano, adquiriría vuelos todavía más elevados. En cualquier caso, los sucesivos y radicales giros políticos que se producen en el quinquenio 1931-36 ter-

(78) *Ibidem*.

minarán frustrando la posible virtualidad de la reforma emprendida en los primeros meses del nuevo régimen.

### L) *La Justicia Militar durante la Guerra Civil*

I) Iniciada la Guerra Civil, la Justicia Militar iba a experimentar muy distintas vicisitudes en cada uno de los dos bandos enfrentados. En el bando republicano, puede hablarse de una virtual desaparición de la misma en el período que media entre el 19 de julio de 1936 y el 16 de febrero de 1937. La espontánea aparición en la escena de la justicia de los llamados Comités de Salud Pública tendrá mucho que ver con tal circunstancia.

El 23 de agosto, en Madrid, se creaba por Decreto del Ministerio de Justicia un Tribunal Popular compuesto por tres jueces de derecho y catorce de hecho (representantes de las distintas tendencias del Frente Popular) con la finalidad de juzgar los delitos de rebelión, sedición y, en general, todos los cometidos contra la seguridad del Estado.

Dos días después se creaban sendos Tribunales Populares en el resto de las capitales de provincia bajo control republicano; habían de entender de los referidos delitos definidos por el Código de Justicia Militar. Un Decreto de 14 de enero de 1937 (sobre Proyecto de competencia de los Tribunales Populares), por el que se ampliaban extraordinariamente las competencias de esta nueva jurisdicción popular, creó una enorme tensión entre socialistas y anarquistas. Tres días más tarde, el 17 de enero, otro Decreto del Ministerio de Justicia derogaba el anterior, acordándose la creación de una Comisión Judicial que se había de encargar de estudiar esta temática de la justicia militar.

Finalmente, por Decreto de 16 de febrero de 1937, del Ministerio de la Guerra, se restablecían los Tribunales militares, bajo la rúbrica de los llamados Tribunales Populares especiales de Guerra, que ampliaban sus competencias a todos los delitos que pudieran haber sido cometidos por militares. Un último Decreto de 7 de mayo del propio año regularía definitivamente las distintas jurisdicciones (79).

II) Muy distinta va a ser la situación de la jurisdicción castrense en la Zona Nacional. El Bando de declaración del estado de guerra, de 28 de julio de 1936, implicó, como diría ROYO VILLANOVA (80), el traspaso a la autoridad mi-

(79) Cfr. para una más detallada exposición, ANTONIO GONZÁLEZ QUINTANA: «Justicia Militar en la España Republicana...», *op. cit.*, págs. 177 y sigs.

(80) ANTONIO ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Valladolid, 1948, pág. 372.

litar de todo lo relativo al establecimiento de la paz pública y el incremento ilimitado de la competencia de la jurisdicción militar. Se iniciaba así una nueva etapa de notable expansión de la jurisdicción castrense, a la par que el recurso a ella como instrumento de represión política.

Como se ha significado (81), en el Bando de 28 de julio se señalan los principios que han de regir en el futuro en orden a la justicia militar:

- 1) Atribución a la Jurisdicción de Guerra de la competencia para conocer de una serie de delitos que serían conocidos en el tiempo como de rebelión militar (82).
- 2) El respeto a lo legislado con anterioridad (a la Segunda República), manteniendo la vigencia del Código de Justicia Militar, tanto en el aspecto sustantivo-penal como en el procedimental, o de organización de los Tribunales.
- 3) Debido a las circunstancias de la guerra, la ampliación de sus conceptos, respetando también la Ley de Orden Público de 1933 y las facultades de dictar Bandos de las autoridades militares. En los primeros momentos del conflicto, proliferarán por doquier estos Bandos, siendo de reseñar que en ellos se prescribirá que la tramitación de las actuaciones de que conozca la jurisdicción castrense se ajustará al procedimiento sumarísimo.

Un Decreto de 31 de agosto de 1936 (Decreto número 79), por el que se dictan una serie de disposiciones relativas al ejercicio de la jurisdicción militar de Guerra y Marina, determinará que todas las causas de que conozca esta jurisdicción se instruyan por los trámites del juicio sumarísimo. La elevación al Plenario se había de efectuar por la autoridad militar o por Decreto del Auditor si aquella hubiera delegado en éste, concediéndoles las facultad de devolver la causa al instructor para que complete la prueba indispensable respecto a los hechos en general, o de convertirlo en procedimiento ordinario si se estimare indispensable en justicia, resolviéndose por la autoridad militar, *previo informe del Auditor, la incompetencia de jurisdicción, aplicación de amnistía o prescripción del delito, siempre con arreglo a lo dispuesto por el Código de Justicia Militar.*

(81) IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y ELÍZAGA: «Justicia Militar en la España Nacional: Instituciones», en el colectivo *Justicia en Guerra, op. cit.*, págs. 395 y sigs.; en concreto, pág. 397.

(82) En todo caso, de la hipertrofia de esta jurisdicción da buena muestra el artículo 3º del Bando de 28 de julio que enumera los delitos de los que aquella deberá conocer; de entre éstos, nos bastará con recordar: los cometidos contra las personas o la propiedad, por móviles políticos o sociales y los realizados por medio de la imprenta u otro medio de publicidad.

Un nuevo Decreto de 24 de octubre de 1936 creaba un Alto Tribunal de Justicia Militar, al que, entre otras, se le encomendaban las funciones de decidir las competencias de jurisdicción que se suscitaren entre los Tribunales de Guerra y Marina, y conocer de las causas falladas en los Consejos de Guerra en los supuestos en que hubiere disenso entre las autoridades militares y sus auditores. Otro Decreto de 17 de febrero de 1937 incidiría de nuevo sobre las atribuciones de este Alto Tribunal.

En definitiva, el protagonismo de la jurisdicción militar iba a ser rasgo de primer orden en la administración de justicia de la Zona Nacional en los momentos subsiguientes al inicio de la Guerra. Ello, por lo demás, será muy significativo de lo que se convertirá en una pauta endémica al régimen franquista: el excesivo protagonismo de la justicia militar y su desmesurada hipertrofia.

### M) *La Jurisdicción castrense en el Régimen nacido de la Guerra*

I) La hipertrofia a que acabamos de aludir adquiere cumplida constatación a la vista del largo y prolijo catálogo de normas que se ubican en la dirección de ampliar las competencias de la jurisdicción militar. Nos referiremos a continuación a las más significativas (83).

- a) La Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941, que configura un nuevo y más amplio catálogo de conductas delictivas, atribuyendo a la jurisdicción castrense, con arreglo a sus propios procedimientos, el conocimiento de todos los delitos comprendidos en la Ley.
- b) El Decreto de 18 de febrero de 1941, que establece la competencia de la jurisdicción castrense para conocer de cuantos procedimientos se incoen con motivo de accidentes ferroviarios.
- c) La Orden de 24 de octubre de 1941, que crea en cada Capitanía General un Juzgado militar especial, exclusivamente dedicado al conocimiento de los delitos (tipificados por una Ley de 26 de octubre de 1939) de acaparamiento, ocultación y venta a precios abusivos o no autorizados de artículos destinados a la alimentación humana o del ganado.

(83) Para un mayor detalle, cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español*. EDESA. Madrid. 1978, págs. 146 y sigs. Puede cfr. asimismo, ERNESTO PEDRAZ PENALVA: «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional», *op. cit.*, págs. 337 y sigs.

- d) Las Leyes de 2 de marzo de 1943, sobre el delito de rebelión militar, que otorgan a la jurisdicción castrense el conocimiento, mediante un procedimiento sumarísimo, de una serie de conductas durísimamente tipificadas como delito de rebelión militar.
- e) El Decreto-ley de 18 de abril de 1947, sobre bandidaje y terrorismo, que si bien deroga la severísima Ley de Seguridad del Estado de 1941, sigue, no obstante, atribuyendo a la jurisdicción militar, mediante un procedimiento sumarísimo, la competencia para el enjuiciamiento de las conductas que tipifica con especial rigor.
- f) La Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, cuya disposición transitoria segunda atribuía a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos contra el orden público que le estuvieran atribuidos con arreglo a las Leyes especiales, en tanto el Gobierno revisara y unificara las normas de competencia relativas a esos delitos, a cuyo efecto era especialmente autorizado para ello.
- g) El Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre bandidaje y terrorismo, que pretende llevar a cabo esa unificación a que aludía la Ley de Orden Público, y que, en todo caso, sigue atribuyendo a la jurisdicción militar la competencia para conocer de los delitos que el Decreto contempla, que serán asimismo juzgados por procedimiento sumarísimo, circunstancia que daría lugar a duras críticas por parte de algunos sectores de la doctrina (84).  
La tristemente célebre Ley de Orden Público, de 2 de diciembre de 1963, sometería los delitos contemplados por el artículo 2º del Decreto de 21 de septiembre de 1960 a los correspondientes ordenamientos penales, jurisdiccionales y procesales, lo que entrañaba el cese de la competencia de la jurisdicción militar respecto de esas conductas básicamente políticas, tipificadas como delictivas, siempre y cuando la propia jurisdicción militar se inhibiera.
- h) El Decreto-ley de 16 de agosto de 1968, que declaraba de aplicación lo dispuesto en el Decreto de 21 de septiembre de 1960, incluido su artículo 2º, derogado por la Ley de 2 de diciembre de 1963, pero cuya vigencia se restablecía ahora. Con ello, la jurisdicción militar pasaba de nuevo a conocer de todos los delitos comprendidos en el Decreto de 1960, a través de un procedimiento sumarísimo, sin perjuicio de sus facultades de inhibición que le seguían correspondiendo.

(84) Es el caso, entre otros, de MARINO BARBERO: «El bandolerismo en la legislación vigente», en *Anuario de Derecho Penal*, 1970, págs. 254 y sigs.

- i) Tras un período de mínima liberalización (siempre sobre la base de la relatividad de esta afirmación en un régimen tan endurecido como el franquista), con el consiguiente mayor protagonismo de la jurisdicción ordinaria, la primera mitad de los años setenta —coincidiendo con los estertores del Régimen— nos muestra un progresivo rigor en la represión política, del que tenemos un primer esbozo en el Decreto-ley de 16 de agosto de 1968, a que acabamos de referirnos. Los Gobiernos de turno, como en anteriores ocasiones, acudirán una vez más a la jurisdicción militar (en muchas ocasiones con el propio desagrado institucional del Ejército) como instrumento de represión política. En esta línea se han de situar las tres Leyes de 15 de noviembre de 1971, que nos ofrecen una nueva regulación de los delitos de terrorismo. La primera de esas Leyes (la Ley 42/1971) modifica el Código de Justicia Militar, incorporando un nuevo capítulo referente a los delitos de terrorismo, cuyas tres manifestaciones más características (a juicio del legislador de aquel entonces) son: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad. La permanencia de las acciones de los grupos u organizaciones terroristas y la rapidez y ejemplaridad necesarias para la persecución y sanción de estas conductas, justifican, a juicio del legislador, que el conocimiento de las mismas se atribuya a la jurisdicción castrense.
- j) En los últimos meses del Régimen nos encontramos con el Decreto-ley sobre prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y subversión contra la paz social y la seguridad personal, de 22 de agosto de 1975, de cuyo conocimiento se encargarán los Juzgados y Tribunal de Orden Público, de un lado, y la jurisdicción militar, de otro. Aun cuando, a simple vista, la norma parece distribuir equitativamente el conocimiento de estas conductas delictivas entre la jurisdicción de orden público y la militar, un examen detallado del Decreto-ley nos lleva, como en otro momento apuntáramos (85), a desechar tal criterio y a concluir que esta norma, una vez más, opta por el predominio casi absoluto de la jurisdicción militar.
- k) En los primeros y delicados momentos de la transición política, el Decreto-ley de 18 de febrero de 1976, por el que se revisaba el precedente de 1975, se inclinaba por un cambio significativo de orientación. En virtud del artículo 1º de la nueva norma, la jurisdicción ordinaria pa-

(85) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «El estado de excepción...», *op. cit.*, pág. 403.

saba a ser la competente para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, salvo que se dieran, conjuntamente, estas dos circunstancias: 1) que los hechos hubieran sido ejecutados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar, y 2) que tales hechos tendieran a atacar el orden institucional y produjeran situaciones de alarma o grave alteración del orden público. Pese a la indeterminación de los conceptos utilizados, lo cierto es que el Decreto-ley de 1976 suponía un primer paso en lo que iba a ser una dirección radicalmente opuesta a la precedente.

II) En el plano normativo militar hemos de hacer una breve referencia (86) al Código de Justicia Militar de 1945, texto que refunde en un Código único toda la legislación judicial castrense.

De conformidad con su Exposición de Motivos, se pretendía con el nuevo Código no una mera yuxtaposición de la legislación judicial castrense, sino la redacción de un Código único en el que, recogiendo toda la legislación dispersa, «quede formado un cuerpo legal aplicable, sin dificultad y sin excepciones que impliquen desigualdad, en las tres esferas de la jurisdicción militar, que es única en su esencia, aunque su ejercicio se diversifique por exigencias orgánicas.

Sin embargo, y contra lo que tales reflexiones pudieran hacernos pensar, es preciso apuntar que el Código de 1945 nació con el raquitismo propio de una norma que no se propuso ser original (87), sino, apenas, el resultado de la refundición de los viejos Códigos y Leyes de Organización y Enjuiciamiento de fines del pasado siglo.

Apenas si acogió el nuevo Código una tímida modernización, si bien, desde luego, como se ha recordado (88), no incorporó las doctrinas que eran ya generalmente admitidas sobre la culpabilidad en la comisión del delito, ni recogió en sus modificaciones ulteriores (en especial en la profunda reforma a que se vio sometido poco después de entrar en vigor, por virtud de la Ley de 21 de abril de 1949) las experiencias aportadas sobre las leyes y usos de la guerra que generó la segunda gran conflagración mundial.

(86) Para un mayor detalle, cfr. FERNÁNDEZ SEGADO: «El estado de excepción...», *op. cit.*, págs. 199-213.

(87) JESÚS VALENCIANO ALMOYNA: «En torno a un nuevo Código de Justicia Militar», en *REDEM*, número 35, enero-junio 1978, págs. 55 y sigs.; en concreto, pág. 55.

(88) JESÚS DEL OLMO PASTOR: «La reforma de la jurisdicción Militar», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 590, enero-febrero 1990, pág. 24.

El resultado de todo ello fue un texto legal considerado «de compromiso» (89), con normas a veces contradictorias entre sí, en otros casos imprecisas, algunas reiterativas y tal cual innecesaria.

Sería interminable dar cuenta de todas las modificaciones experimentadas por el Código de Justicia Militar en sus más de cuarenta años de existencia (90). Muchas de ellas, como ya hemos contemplado, se orientaban tan sólo a ampliar aún más si cabe la ya alta competencia de los tribunales castrenses, que, como también expusimos, se verían forzados en ocasiones, mal que les pesara también a veces, a conocer de conductas meramente políticas que un régimen autoritario tipificaba como delictivas, si bien en un marco democrático no aparecerían sino como el fiel reflejo del ejercicio de legítimos derechos políticos y libertades públicas.

Ante tal situación, si bien con cierta tibieza —lo que no es de extrañar a la vista del contexto político—, se iban a levantar algunas voces propugnando la modificación del Código. Tal sería el caso de RODRÍGUEZ DEVESA, quien, en 1967, se hacía eco públicamente (91) de lo que parecía ser una aspiración generalizada por parte de los propios militares: la reducción del ámbito competencial de la jurisdicción castrense, circunscribiéndola a los delitos propios, esto es, a los que afectasen directa e inmediatamente a las Fuerzas Armadas.

Una Orden de 22 de diciembre de 1969 procedía a nombrar una Comisión para la reforma del Código, cuyos trabajos concluían en 1971, bien que sin ningún resultado práctico. Habría que esperar, pues, a los Pactos de la Moncloa, momento en el que fragua un principio de acuerdo político en torno, entre otros temas, a la reforma de la jurisdicción castrense, y de modo especial, a la Constitución de 1978, que marcaba las líneas maestras que debían regir la reforma.

Nos centraremos ahora, bien que de modo sumario, en los rasgos fundamentales del Código de 1945, proyectando nuestra atención especialmente sobre los criterios de atribución competencial.

El Código de 1945 comprendía tres Tratados relativos, respectivamente, a la organización y atribuciones de los Tribunales militares (parte orgánica), a las leyes penales militares (parte sustantiva penal) y a los procedimientos

(89) JESÚS VALENCIANO ALMOYNA: «En torno a un nuevo Código...», *op. cit.*, pág. 55.

(90) JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO se ha referido a las más significativas. Cfr., al respecto, su trabajo «El Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho*, número 499, abril de 1986, págs. 1257 y sigs., en concreto, pág. 1271.

(91) JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DEVESA: «Exposición y síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra», en *REDEM*, número 23, enero-junio 1967, pág. 35.

militares (parte procesal). Constaba de un total de 1072 artículos, el último de los cuales derogaba los códigos y leyes anteriores, a excepción del capítulo 3º del Título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, aprobado por un Decreto-ley de 10 de julio de 1925 (92), capítulo dedicado a la regulación de los expedientes de salvamento y hallazgo en el mar, materia que no se estimó oportuno regular en el Código por ser de naturaleza especialmente administrativa.

La competencia de esta jurisdicción se determinaba en materia criminal en base al tríptico competencial característico: por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable. Los artículos 6º, 9º y 13, respectivamente, enumeraban las conductas delictivas de que había de conocer esta jurisdicción.

Atendiendo al elemento material, la jurisdicción castrense era competente para entender de un amplísimo elenco de delitos de muy dispar naturaleza, dentro de los cuales no sólo se incluían delitos esencialmente militares, por proteger intereses propios y específicos de los Ejércitos, sino también un elevado número de delitos comunes, en unos casos, con una cierta conexión indirecta o mediata con bienes genuinamente castrenses, y en otros, sin conexión visible alguna o, por lo menos, con una vinculación difícilmente apreciable, dentro de una concepción racional de lo que son los intereses del servicio y de los Ejércitos.

Por razón del lugar, la jurisdicción militar era competente para conocer de los procedimientos que se siguieran contra cualquier persona por los delitos y faltas que no estando comprendidos en el artículo 16 del Código (que contemplaba las causas de desafuero), se cometieran en lugares no sólo propiamente militares (cuarteles, campamentos, buques españoles de guerra, arsenales... etc.), sino también en aquellos otros que guardasen algún tipo de relación con los Ejércitos (edificios públicos o particulares de cualquier clase, destinados al alojamiento de fuerzas o servicios militares, aunque en ellos no se encontraran tropas ni estuvieran ocupados militarmente... etc.). Asimismo, y sobre la base de la soberanía nacional, se atribuía a la jurisdicción castrense competencia para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallaren en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima, como también en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional.

(92) Este capítulo sería finalmente derogado por la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulaban los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas.

Finalmente, por razón de la persona responsable, la jurisdicción militar era declarada competente para el conocimiento de las causas que se instruyeran por toda clase de delitos —salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones— contra los militares en servicio activo o en la reserva, cualquiera que fuere su situación o destino. Ahora bien, a estos efectos, el Código concebía como «militares» a los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas o Institutos, Centros u Organismos dependientes de los tres Ministerios militares; a los paisanos que por disposición gubernamental fueren movilizados o militarizados, mientras se encontraran en tal situación; a los oficiales y suboficiales de complemento, durante el tiempo en que estuvieran prestando servicio; a los alumnos de las Academias militares... etc. La enumeración era, como puede apreciarse, muy amplia. Pero no quedaba aquí: por el contrario, el artículo 13 incluía dentro de su interminable enumeración a los auxiliares u operarios eventuales de fábricas, fundiciones, arsenales, astilleros, maestranzas, aeródromos u obras militares, respecto de los cuales se estaría a lo dispuesto por el número 6 del artículo 6º (previsión que atribuía a la jurisdicción castrense el conocimiento de aquellos delitos que cometieran los obreros eventuales y, en general, el personal paisano contratado en los centros, dependencias o establecimientos militares con motivo u ocasión del servicio o trabajo que prestaran, de la utilización o empleo del material que se les entregara, de las relaciones laborales con superiores o compañeros y de la consideración que se les otorgara en el propio trabajo). Tan disparatada asimilación a la categoría de «militares» se justificaba en la Exposición de Motivos del Código en base a la consideración de que estos delitos se hallaban «inspirados, las más de las veces, en móviles sociales y políticos y en campañas antimilitaristas», y habían producido en el pasado muchas perturbaciones del orden y de la disciplina, «merecedoras de rápida y ejemplar sanción».

En definitiva, es una obviedad que la caracterización que el Código hace del militar, en cuanto criterio de atribución de competencia a la jurisdicción castrense, es desmesurada y no resiste el más mínimo análisis crítico. Revela, en último término, que la jurisdicción castrense sigue siendo un útil instrumento de represión social o política en manos de quienes detentan el poder.

Recordaremos finalmente que el artículo 7º del Código de 1945 atribuía a la jurisdicción militar el conocimiento de un amplísimo elenco de faltas, que iba desde las comprendidas en el propio Código hasta las comunes cometidas por militares, salvo aquellas que las autoridades militares estimaran que no afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de sus clases.

A la vista del tríptico competencial expuesto, y de la amplitud enorme con que se concebía cada uno de sus tres elementos, en orden a la atribución de

competencias a la jurisdicción castrense (apenas si aligerada por el artículo 16 del Código, que enumeraba las causas de desafuero), puede concluirse significando el enorme ensanchamiento de la esfera jurisdiccional de los órganos judiciales militares (reconocido por la propia Exposición de Motivos del Código), fruto en buena medida de la incorporación al Código de un conjunto de delitos hasta entonces comprendidos en leyes especiales.

Terminaremos recordando que el Código de 1945 atribuía el ejercicio de la jurisdicción castrense a los siguientes órganos: el Consejo Supremo de Justicia Militar, las Autoridades judiciales (Capitanes Generales de las Regiones, Generales en Jefe de Ejército, Generales Jefes de Tropa con mando independiente, Capitanes y Comandantes Generales de Departamento, Comandantes Generales de Escuadra, Generales Jefes de las Regiones y Zonas Aéreas... etc.) y los Consejos de Guerra (ordinarios o de oficiales generales), órganos estos no permanentes. No obstante, además de los anteriores, si bien con facultades extraordinarias, ejercían también jurisdicción los Gobernadores o Comandantes militares de lugares, Unidades o fuerzas aisladas de la Autoridad judicial. Por lo demás, el Gobierno quedaba facultado, previa audiencia al Consejo Supremo de Justicia Militar, para atribuir jurisdicción a otras Autoridades militares. Como puede apreciarse, la confusión entre mando y autoridad jurisdiccional era total y absoluta, y la indeterminación del órgano jurisdiccional era otro de los rasgos más comunes.

La falta de garantías procesales terminaba de caracterizar a una jurisdicción que se revelaba difícilmente compatible con los nuevos principios surgidos al amparo de la Constitución de 1978.

## EL CONCEPTO DE ACTO DE SERVICIO DE ARMAS EN EL ORDEN PENAL

José Francisco DE QUEROL Y LOMBARDERO  
*General Consejeroogado*

### SUMARIO

A) GENERALIDADES. I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. IDEAS GENERALES SOBRE LA PROYECCIÓN PENAL DEL SERVICIO EN SUS DIVERSAS FORMAS. B) EL ACTO DE SERVICIO DE ARMAS. I. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN LEGAL. II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO. III. NATURALEZA DE LAS ARMAS REQUERIDAS. IV. SERVICIOS DE ARMAS ESPECIALES: a) *Centinelas*; b) *Fuerza Armada*; c) *Navegación de buques de guerra y aeronaves militares*; d) *Servicios de la Guardia Civil*.

### A) GENERALIDADES

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De las últimas innovaciones fundamentales en la legislación sobre la Justicia Militar, si se analizan someramente, pudiera quizás opinarse que se ha cercenado al Derecho Militar de parte de su contenido, perdiendo además algunos de sus rasgos característicos y genuinos, que les eran tradicionales. Pero esta idea tan sólo puede admitirse de un modo relativo, y distinguiendo previamente la materia jurisdiccional y la sustantiva-penal. La jurisdicción militar ha sido reducida a los límites constitucionales de lo *estrictamente castrense* (1); es decir: se ha ceñido la competencia de los Tribunales Militares exclusivamente a los delitos militares, derogándose los criterios competenciales, no objetivos, de los fueros personal y del lugar de comisión. Lo que en el or-

(1) Véase «Protección Penal de determinada Fuerza Armada», de CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO, en la obra de BLAY VILLASANTE y otros autores: *La Reforma de los Delitos contra la Defensa Nacional*, Editorial Revista de Derecho Privado. Para aquel autor, el artículo 117 de la Constitución no sólo permite la existencia de la jurisdicción militar, sino que la obliga («la ley regulará...»), pág. 559.

den penal se ha producido es un transvase de preceptos ordinarios traídos del Código Penal común y, al propio tiempo, una traslación al campo común de preceptos que anteriormente se regulaban en la Ley militar, de tal forma que el Código Penal vigente contiene también normas sustantivas que, en esencia —aunque no formalmente— participan de la naturaleza de derecho militar (Protección de Fuerza Armada, integridad de buques, revelación de secretos militares, etc.). Consideramos a estos efectos válida la opinión de QUEROL Y DURÁN (2) de que la naturaleza militar de un delito radica y consiste en algo *sustantivo*. Consiguientemente, y en buenos principios jurídicos, no pueden ser criterios para atribuir naturaleza militar a un delito los fundados en contingencias puramente adjetivas como la inclusión en el Código Militar, la condición de aforado militar o la sumisión a la jurisdicción militar. En el punto de vista teórico, pues, que es el de los principios, esta opinión anticipaba el criterio de la actual Constitución: la naturaleza militar de un delito estaba en su esencia castrense; lo científico era, pues, no que un delito tenga que ser militar por su inclusión en el Código castrense, sino precisamente todo lo contrario: es decir, que el Código castrense debe incluir tal delito por su *naturaleza militar*.

Dentro de esta idea, y como quiera que en el Código Penal se configuran, entre otros delitos que venían siendo típicamente militares, los de agresión o desacato a fuerza armada, convendría no olvidar la técnica de interpretación de las normas del Derecho Penal Militar en los delitos que la llamada *Ley Puente* (Orgánica 14/85, de 9 de diciembre) ha introducido como *delitos contra la Defensa nacional*, donde juegan términos y conceptos, y se contemplan bienes jurídicamente protegidos, que son valores tradicionales de la milicia (3).

El Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/89, de 9 de diciembre) ha asumido como sustitutiva de su antigua «parte general» los preceptos del Código Penal común, en cuanto lo permita su *especial naturaleza* y no se opongan a los preceptos de este Código (el Militar) (art. 5°). Los principios inspiradores del derecho punitivo, que se traducen frecuentemente en *normas generales*, expresas (por lo común definitorias de los conceptos y condicionamientos genéricos que, en cada caso, han de ser aplicados sobre cada tipo delictivo, participación en el mismo y apreciación de circunstancias modificativas) se han traído al Derecho Militar desde el común, no ya de una forma supletoria o de

(2) QUEROL Y DURÁN, FERNANDO: *Principios del Derecho Militar*, Editorial Naval, tomo II, págs. 89 y 90.

(3) Esta idea se desarrolla en diversos temas de la obra anteriormente citada *La Reforma de los Delitos...*

criterio simplemente interpretativo, sino de *aplicación directa*, sí que limitada a la *sustantividad* castrense (4).

Reducida la jurisdicción militar a lo *estrictamente castrense* (5) el delito militar ha quedado más ceñido a su típica esencia (6) lo que hace que sean escasos los supuestos en que un paisano pueda ser autor directo (7) y responsable de infracción punitiva castrense (8).

Aparentemente, estas previas consideraciones parecen extrañas al tema cuyo estudio nos ocupa. No lo estimamos así: tanto para la aplicación de normas que tipifican delitos en el Código Penal Militar como en el común (a partir de la ya citada Ley Puente), es preciso tener cabal conocimiento del sentido jurídico de diversas ideas y conceptos consustanciales a los respectivos tipos. La distinción entre «militar» y paisano; la definición de «acto de servicio», de «acto

(4) Es de resaltar que los principios generales contenidos en el Código Penal no eran ajenos al Derecho Militar, puesto que la parte general del Código de Justicia Militar, conteniendo sus peculiaridades propias, era en la mayoría de las ocasiones reproducción de normas equivalentes de la Legislación Penal común y, en ocasiones, mediante transcripción literal o casi textual. Las diferencias que se advertían eran también, al fin y al cabo, consecuencia de la *especial naturaleza* de la infracción militar, de sus específicas peculiaridades; diferencias que también se observan ahora en el actual Código Penal Militar que, con independencia de salvar explícitamente la especial naturaleza de la infracción militar, las reflejan en particular en su libro primero y, fundamentalmente, en su Título I: «Principios y definiciones». Opinaba TORRES DEL MORAL, ANTONIO, *Principios del Derecho Constitucional Español*, Volumen II A tomos Ediciones, Madrid, 1986, pág. 286, que cuanto más exigente sea la extensión de los principios del Estado de Derecho a la jurisdicción militar, más se desvanece la justificación de ésta como distinta de la Ordinaria, pudiendo llegar a convertirse en el futuro en un orden procesal más de la unidad jurisdiccional.

(5) CALDERÓN SUSÍN, obra citada, presenta un interesante estudio de la interpretación del concepto de lo *estrictamente castrense*, con referencias jurisprudenciales y comparación del Código Penal Militar con la Ley Orgánica 14/85 (Ley Puente). Para CALDERÓN, la expresada frase, que debe ser objeto de interpretación, no tiene necesariamente que aceptarse con criterio restrictivo (aunque no sea éste el criterio de muchas resoluciones jurisprudenciales).

(6) En la *Memoria de la Legislatura 1986-1989*, del Ministerio de Defensa, al tratar de los *objetivos y principios de la reforma de la Justicia Militar* se dice que, en relación con el llamado principio de *competencia*, era preciso concretar legalmente el imperativo constitucional de limitar la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense». Este criterio constitucional, aunque indeterminado, lleva implícita la exigencia de inhibirse la jurisdicción militar en los supuestos delictivos tipificados por la legislación penal militar; es decir, a los delitos específicamente militares, cuyo objeto a su vez es proteger los fines o medios de los Ejércitos o —como también se dice— garantizar el adecuado funcionamiento del potencial bélico del Estado; ello implica, frente al sistema preconstitucional, «descargar» a la jurisdicción militar del conocimiento de hechos delictivos no objetivamente vinculados con los fines de la Institución Militar.

(7) Sí, en cambio, responsable como coautor, cómplice o encubridor.

(8) En relación concreta con el servicio de armas, la misma conducta que puede constituir delito militar, cuando el autor es de condición militar, resulta un delito tipificado ahora como común si el autor es paisano, aunque el bien jurídico tutelado (la protección de la fuerza armada), es el mismo en ambos casos. No cabe duda que el nuevo Código ha puesto un notable acento en la *profesionalización* de la punibilidad en el orden castrense.

de servicio de armas», de «fuerza armada», de los servicios de los buques de guerra, de las navegaciones marítima y aérea militares, etc., son cuestiones ineludibles y pertenecen al ámbito castrense, por lo que nunca son extrañas a la asignatura de Derecho Militar.

## II. IDEAS GENERALES SOBRE LA PROTECCION PENAL DE SERVICIO EN SUS DIVERSAS FORMAS

Como señalaba QUEROL Y DURÁN (9), entre los elementos típicos de cada delito existen elementos *comunes* y otros *singulares*, necesitando ambos ser interpretados rectamente para que se puedan aplicar con acierto. Generalmente la interpretación gramatical basta para esclarecer su sentido; en ocasiones, no infrecuentes, sin embargo, algunos de estos elementos están constituidos por conceptos *técnicos-jurídicos*, para precisar los cuales no alcanza, desde luego, el mero conocimiento del lenguaje vulgar; en otras, más numerosas en nuestra legislación militar, se trata de conceptos *técnico-militares*, que exigen para las palabras que los expresan una clara fijación de alcance, con el apoyo de la terminología profesional correspondiente.

Así lo comprendió el legislador, y lo ha comprendido ahora, cuando ha cuidado de redactar cierto número de definiciones oficiales que precisen el auténtico significado de muchos términos usados en la Ley castrense.

La mayoría de los delitos militares aluden al sujeto activo (el militar que, *el Oficial que...*), en múltiples ocasiones la actividad viene impuesta por un deber profesional («realización de la función que al militar corresponda en el cumplimiento de su cometido») (10). Será, pues, indispensable la claridad de los conceptos (militar, Oficial, Suboficial, Clase de Tropa, etc...) y de las distintas ocasiones en que la actividad (u omisión) afecten a los cometidos o funciones profesionales específicas. De ahí que nuestro Código aporte las definiciones de *militar*, *acto de servicio*, *acto de servicio de armas*, *centinela*, y *fuerza armada* (entre otras varias que tienen menos relación con el tema de que tratamos).

La *ocasión* en que el delito se comete tiene una relevante importancia en orden a fijar, a veces, el tipo de delito concreto que precisa ser calificado, y

(9) Obra citada, tomo II, pág. 235.

(10) Vid. GRANADOS CASTILLO, AQUILINO: *Comentarios al Código Penal Militar* (obra de varios autores coordinada por RODRÍGUEZ-VILLASANTE y BLECUA-FRAGA). Editorial Civitas, S. A., 1988, pág. 319.

en la mayor o menor gravedad de la infracción y la consiguiente de la pena con la que está conminada en el Código.

Para aclarar el concepto de alguna de estas *ocasiones*, el Código Penal Militar establece:

*Artículo 15:* «A los efectos de este Código se entenderá que son acto de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde.»

*Artículo 16:* «A los efectos de este Código se entenderá que son acto de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución. Asimismo, tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o el vuelo de aeronaves militares.»

Constituye el *acto de servicio* la idea genérica; el acto de servicio de armas es un acto de servicio cualificado por el empleo del arma, y, dentro de éste, más singularizado aún el de *centinela* (que, además de realizar acto de servicio de centinela, lo hace también dentro de un servicio de armas e indudablemente se halla en acto de servicio).

QUEROL Y DURÁN (11) había ofrecido un cuadro de los supuestos de las distintas actividades de los militares, aplicable a las normas del Código de Justicia Militar de 1945. Ampliando el cuadro y adaptándolo al derecho vigente, podemos clasificar los siguientes supuestos:

- a) *actos fuera de servicio*
- b) *actos de servicio:*
  - 1. *servicio normal*
  - 2. *servicio de armas*
    - propio: uso de armas
    - preparatorios
    - relacionados con el servicio de armas

(11) Obra citada, tomo II, pág. 237.

### 3. servicios *especiales*:

- centinela
- equiparables a centinela:  
patrullas de guardia de seguridad, transmisiones y comunicaciones, operaciones de vigilancia, etc.
- marineros o aeronáuticos
- *fuerza armada*

Antes, pues, de ocuparnos específicamente del servicio de armas, debemos puntualizar el género: acto de servicio. En un sentido amplio, y siguiendo la definición del derogado Código Marcial de 1945 (12), pocas de las actuaciones de los militares podrán estimarse ajenas al servicio. Pudiera decirse que, en esta concepción extensiva, los deberes que impone a un militar su permanencia en las Fuerzas Armadas son todos los que no se exigen de igual forma a los paisanos. Entendida la definición con amplitud absoluta, holgaría la distinción entre los actos de servicio y los que no lo son, y cuantos delitos se cometieran por militares y estuvieran previstos en el Código habrían de ser considerados como en acto de servicio, siendo así que la propia Ley prevé delitos cometidos *fuera de* actos de servicio. Por ello, para QUEROL Y DURÁN (13), resulta preciso:

- 1) Que consista en *un acto* (valga la redundancia); es decir, en una prestación personal, una labor o una actividad concreta, y
- 2) Que venga esta actividad o prestación impuesta por un deber directo y específico en forma que pudiéramos llamar *profesional*.

Estos comentarios eran válidos para la definición contenida en el Código de Justicia Militar ya derogado. La nueva redacción del artículo 15 del Código Penal Militar precisa más el concepto: ya no se habla de *deberes*, sino de *funciones*, y se matiza que tales *funciones* han de corresponder a cada militar en el cometido de sus *específicos cometidos* y que legalmente les corresponda.

Atendiendo a la nueva formulación del concepto, opina igualmente GRANADOS (14) que del artículo 15 se desprende que el acto de servicio requiere:

12) «Son actos de servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire.»

(13) Obra citada, tomo II, pág. 260.

(14) Obra citada, pág. 319.

- a) Que el militar ejecute una actividad concreta (15).
- b) Que esa actividad venga impuesta por un deber profesional. Si el deber arranca de la Ley, de los reglamentos y de las órdenes generales no hay más dificultad que señalar su fuente. El problema surge, dice ASTROSA HERRERA (16) cuando se trata de órdenes específicas de un superior y de actividades oficiosas que no están especialmente determinadas como obligaciones por la Ley, reglamentos u órdenes generales. En estos casos es necesario concretar si el acto satisface o no una necesidad de la función militar. «Si el acto tiende a beneficiar a algún militar en lo particular, el acto no será de servicio» (17). A similar conclusión llega HERNÁNDEZ CORRAL (18), para quien el servicio siempre tiende a un interés impersonal.

Aunque no todo acto realizado por un militar como tal constituya inequívocamente un acto de servicio, sí hemos de advertir que la mayoría de las actuaciones profesionales militares lo son. Hasta el punto que la prestación del ciudadano al participar en el deber constitucional de cooperar a la defensa nacional se llama «*servicio militar*».

Para GRANADOS, siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, servicio equivale a *prestación* o *función* (por cierto, es un concepto muy afín al que define nuestro Código). La frase *estar de servicio* no quiere decir otra cosa que el ejercicio o desempeño actual de una función o cargo. En este sentido, servicio supone un nexo de unión entre una persona y una institución. En desarrollo de esta idea HERNANDEZ CORRAL afirma que, así como la disciplina vincula personas, dando expresión a un orden jerárquico, el servicio vincula a personas con una institución, dando origen a un *orden funcional de actividades* que tienden a satisfacer los fines de ésta. En POSADA (19)

(15) El Código prescinde de la situación en que se encuentra el militar y el lugar en que ejecute el acto: el hecho de que el militar se encuentre de servicio no significa que todos los actos por él realizados sean actos del servicio, como tampoco lo son todos los efectuados por él dentro de recinto militar. (GRANADOS, obra citada, pág. 319.)

(16) Mencionada por GRANADOS, obra citada, pág. 319.

(17) No es absoluta la frase. Puede pretenderse un fin particular al realizar un acto de servicio o al incumplirlo. Lo que descartaría el supuesto sería la realización de un comportamiento que tendiera *exclusivamente* a fines particulares y que no afectara en absoluto al servicio o a su eficacia.

(18) También mencionado por GRANADOS, obra citada, pág. 319.

(19) Autores citados por GRANADOS, obra citada, pág. 1.658.

ya estaba presente la misma orientación, pues al tratar del *servicio militar* lo consideraba, en esencia, como el sistema de prestaciones personales necesarias para el cumplimiento de ciertos fines del Estado.

Para el militar, pues, *función* y *servicio* han de ser términos equiparables. La referencia al término *servicio* se reitera de forma sintomática en la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional de 19 de julio de 1989: así, «la *función militar es un servicio del Estado*» (art. primero, 1º, 1) «la condición militar la adquieren quienes con una *relación de servicios profesionales...*» (art. 1º, 3); «la presente Ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar que mantiene una relación de servicios profesionales (art. 3º). Podemos, pues, afirmar que, de una *forma genérica*, la relación del militar con las Fuerzas Armadas es siempre una *relación de servicio*. ¿Cuándo estará, pues, el militar *fuera de acto de servicio*, ya que esta situación también está prevista por la Ley?

Entendemos que estará fuera de servicio solamente cuando su actuación sea por completo ajena a los cometidos específicos que por su función, como militar, le correspondan.

Y es que el propio concepto gramatical de *servicio*, equivalente a *acción y efecto de servir*, aplicado a la vida militar, no tiene otro significado que el de *ser útil* a los fines de su Institución, las máximas aspiraciones de la misma y que de antiguo se vienen recordando en las Leyes y Ordenanzas militares; conseguir el logro del servicio, la eficacia del servicio, la dedicación y el celo en el servicio, la discreción en asuntos de servicio, etc... Destacan las Reales Ordenanzas este comportamiento moral: «grande exactitud en el servicio como virtud que nunca ha de faltar, aunque exija sacrificio» (art. 27); «todo servicio en paz y en guerra se hará con igual prontitud y desvelo que frente al enemigo» (art. 30).

Fundamental, pues, el acto de servicio, es incuestionable que debe gozar de una privilegiada protección penal. De ahí que, en el orden punitivo, se requieran la adopción de cuatro actitudes:

- 1) Defensa del acto de servicio contra acciones que lo perjudican y vengan *desde fuera*, castigando a los que atacan o desacaten a quienes se hallen prestando servicios determinados (centinela, patrulla de vigilancia, fuerza armada, etc.)
- 2) Defensa del acto de servicio *desde dentro*, imponiendo sanción penal al incumplimiento o cumplimiento defectuoso que supon-

ga la infracción o abandono de los deberes inherentes al propio servicio.

- 3) Matizando las circunstancias modificativas de la responsabilidad en atención de la *ocasión* del servicio o de las repercusiones lesivas que el delito puede producir en el servicio.
- 4) Considerando la relación con el servicio (o con determinado tipo concreto de servicio) como elemento integrante de infracciones penales específicas.

Nos abstenemos de traer aquí los supuestos en que la mención del acto de servicio, en sentido genérico o en los concretos de servicio de armas, transmisiones, marineru o aeronáutico, etc., se incluyen en el articulado del Código Penal Militar, pues ello supondría citar a la mayoría de los tipos previstos por el Código. Lo que sí resulta congruente con nuestro sistema es que se precisen los conceptos, definiéndose los correspondientes supuestos, y se logre un criterio interpretativo uniforme; lo que, como más adelante analizaremos, ya va perfilando la nueva jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo respecto a los criterios aplicables para calificar los «actos de servicio» y los «actos de servicio de armas» (20).

## B) EL ACTO DE SERVICIO DE ARMAS

### I. ANALISIS DE LA DEFINICION LEGAL

La doctrina y la legislación conceden una mayor importancia, dentro de los actos de servicio, a los de armas, porque, como afirma GRANADOS, en definitiva la importancia del servicio de armas deriva de ser expresión —directa o indirecta, próxima o remota— del fenómeno de la guerra. Es tradicional en la milicia considerar al de armas como servicio *preferente*, y, así, el servicio de armas se nombrará empezando por el más antiguo, mientras que el servicio mecánico inversamente (art. 491 del Reglamento Provisional para el Detall y Régimen In-

(20) Como escribe MORALES VILLANUEVA (obra citada, pág. 263), «Intentamos abrir camino a un ordenamiento jurídico militar que, al amparo de los conceptos constitucionales, nos vaya permitiendo una utilización precisa de cada término.»

terior de los Cuerpos del Ejército; Real Orden de 1 de julio de 1896); norma ésta que ha pasado a las Ordenanzas de los Tres Ejércitos y al artículo 58 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que, al poner los servicios de armas como ejemplo para la realización de los mecánicos, resalta la supremacía de aquél. Y es que, como señalan ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO (21) «el que con armas presta un servicio lo es para garantizar la seguridad, en el descanso o en el servicio, de otros compañeros, e incluso la propia vida de éstos; hechos que en guerra son vitales, así como en paz, máxime en especiales circunstancias de actos terroristas, alta incidencia de la delincuencia y antimilitarismo».

Tanto el artículo 16 del Código Penal Militar, como las precedentes legislaciones castrenses, desde el Código Penal de la Marina de Guerra de 24 de agosto de 1888, pasando por los Códigos de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 y de 17 de julio de 1945 nos presentan una descripción amplia y extensa de qué se entiende por acto de servicio de armas; descripción que se completaba además con otras disposiciones especiales sobre determinados servicios de armas, como centinela y fuerza armada.

Los precedentes, y en especial el artículo 256 del Código de Justicia Militar de 1945, han sido *sustancialmente* respetados, aunque no en detalle. Ambos preceptos (el referido 256 del Código derogado y el actual 16 del Código Penal Militar) coinciden prácticamente en la definición del que pudiéramos llamar *servicio de armas propio*: los que *requieran* para su ejecución (*reclaman*, en la expresión del Código de Justicia Militar) el *uso, manejo o empleo* de armas, conforme a las *disposiciones generales aplicables* (o, *que rijan* en el precedente) y a las *órdenes* particulares *cursadas al efecto*. El precepto nuevo no descende a tanto detalle en cuanto a los *actos de servicio de armas impropios*, lo que carece en la práctica de trascendencia, por cuanto la referencia de *actos preparatorios* y de los anteriores o posteriores *que se relacionen con el servicio de armas o afectan a su ejecución*, engloba todos los supuestos detallados en las leyes militares anteriores, por lo que, a estos efectos, la redacción del artículo 16 es suficiente, ya que este precepto, para GRANADOS (22) manifiesta el propósito de síntesis que ha privado al legislador.

(21) ÁLVAREZ ROLDÁN, LUIS y FORTÚN ESQUIFINO, RICARDO: *La Ley Disciplinaria Militar*, Editorial Aranzadi, 1986, pág. 118.

(22) Obra citada, pág. 325.

Llama la atención la prolijidad de los términos empleados en los textos comentados (23): las armas pueden ser *usadas*, *manejadas*, *empleadas* e incluso *empuñadas*. Parece como si el legislador no quisiera dejar fuera cualquier supuesto de relación entre el militar y las armas, quizás por aquéllo de «que el militar deberá estar siempre sobre las armas», frase de sentido simbólico, de carga afectiva entre el militar y las armas. Los términos empleados y anteriormente citados quizás resulten redundantes, porque en un sentido vilgar, dentro del *uso* se comprende también, sin duda, el *empleo* y el *manejo*; en resumen, se trata de la *utilización* de armas.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (24). *Usar* equivale a «servir una cosa para algo»; *manejar*, a «usar, traer entre manos una cosa»; *emplear*, a «hacer servir las cosas para algo».

En todo caso, teniendo en cuenta que, para las Reales Ordenanzas, usar el arma es *disparar* (art. 61), podía haberse dicho «*uso y manejo de armas*», con lo cual el uso de arma sería la acción de dispararla, y en «*manejo*» quedaría comprendida todo otro supuesto de utilización (25).

No es el hecho, empero, de la utilización (en término extensivo) del arma, por sí sólo, el definitorio de la situación. Puede haber uso de armas sin servicio de armas, así como puede ser un acto de servicio de armas, aunque no se utilicen. El quid está en que las armas (o el arma, que puede ser en singular) *deban* ser empleadas para el cometido militar de que se trate. En los términos del Código, el uso o manejo de armas debe ser *requerido* para la ejecu-

(23) Código de Justicia Militar de 1945, artículo 256: Para los efectos de este Código se considera: 1º Que son actos del servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire. 2º Que son actos del servicio de armas todos los actos militares que reclaman en su ejecución el uso, empleo o manejo de las mismas, con arreglo a las disposiciones generales que rijan y a las órdenes particulares que dicten los Jefes en su caso. Para los efectos penales se refutan también como tales servicios de armas, aunque éstas no se empuñen por los militares: a) la ejecución de cualquier maniobra o faena marinera o de aeronave, cuyo objeto conocido sea preparar o realizar alguno de los servicios expresados en el párrafo anterior; b) el de transmitir, recibir y cumplimentar una orden relativa al servicio de armas; c) toda acción preparatoria de armarse o municionarse individualmente, cuando se halle reunida o llamada la tropa o marinería para formar o para ocupar sus puestos en el servicio que les corresponda; d) cuantos actos preliminares o posteriores al mismo servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución.

(24) Vigésima edición, 1984.

(25) GRANADOS, obra citada, pág. 324.

ción del servicio. Es, por tanto, el servicio, la forma en que deba ejecutarse, lo que califica el acto como servicio de armas o no. La insuficiente dotación de armas, cuando el en sí las requiera, no desvirtúa la calificación del servicio. Por algo los textos legales, muy adecuadamente, se refieren al servicio *de* armas y no al servicio *con* armas. Esta necesidad de armas puede derivar:

- a) De disposiciones generales aplicables, ejemplo típico es el caso de las *guardias de seguridad*, reguladas en las Ordenanzas de los tres Ejércitos.
- b) De órdenes particulares cursadas al efecto. Basta la orden legítima del superior de utilización de armas en un servicio para que se esté realizando un acto de servicio de armas, aunque quien lo realice no cumpla esta orden.

Los actos de servicio de armas *impropios* (y, que conste, utilizamos este término porque de alguna manera viene siendo tradicional en la doctrina, y no porque entendamos que su propia esencia no es de servicio de armas), son aquéllos que, sin necesidad de utilización concreta de armas, son preparatorios o son anteriores o posteriores al mismo, pero tienen relación o afectan a su ejecución. También deben incluirse en este grupo los actos relacionados con la navegación de buques o aeronaves de guerra. Late en el precepto que comentamos la consideración de que el servicio de armas suele ser un *servicio colectivo* que afecta a todos los que lo prestan por igual, sean o no portadores de armas. El propio artículo 16 del Código Penal Militar lo puntualiza con rigor *ya sean individuales o colectivos*. Junto al criterio de la colectividad, juega también importante papel en este concepto el de la *permanencia*: se está en servicio de armas (se empuñen o no) desde su *iniciación* con el *llamamiento a prestarlo* hasta su culminación: hasta su *total terminación*. Es esta idea fundamental expuesta por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo a través de la Jurisprudencia que, a continuación, vamos a comentar.

## II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

La interesante sentencia de esta Sala, número 32, de 29 de septiembre de 1989, pondera, en primer lugar, la singular importancia de la protección penal del servicio de armas, expresando que «cuando un Mando Superior, por medio de su Asesor Jurídico, recurre en casación para sostener una interpretación acerca de lo que es *un acto de servicio de armas* y lo que pudiera

constituir un abandono de tal servicio, está actuando en *defensa de unos valores fundamentales* que han de mantenerse en los Ejércitos».

Reproduciendo expresamente esta sentencia los argumentos de otra anterior de la misma Sala de 24 de mayo del mismo año, decía que, en interpretación de los artículos 15 y 16 del Código Penal Militar, se negaba a admitir la sutil distinción entre *situación de servicio* y *acto de servicio*, afirmándose en dicha resolución que el artículo 16, al tratar de los actos de servicio de armas y definirlos como aquéllos que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de las armas, da un concepto que se caracteriza por su *amplitud temporal*, ya que, supuesto el uso de armas, estima su existencia desde su iniciación hasta su total terminación; e, igualmente, que «los servicios de armas son servicios de carácter *permanente* cualquiera que sea la actividad concreta que durante ellos se realice: Porque *el militar de servicio está sobre la armas de modo continuo*».

La referida sentencia de 29 de septiembre de 1989, en relación con las *guardias de seguridad* (supuesto típico del servicio de armas), insustituibles en los establecimientos y Unidades Militares importantes, considera evidente que la interpretación que ha de merecer la redacción del artículo 16 no puede ser la atribuida por el Tribunal de instancia, pretendiendo equivocadamente que los «trozos» de *alerta* y *descanso* dentro de una guardia tengan virtualidad propia y finalidad distinta de los de *actividad*, dentro del mismo servicio, pues, como bien se dice en el artículo 15: «son actos de servicio *todos* los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cometido de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde», o lo que es igual, que el acto de servicio supone un *conjunto de actividades*, con función propia, encaminadas al cumplimiento del objeto o cometido legalmente dispuesto, siendo en definitiva los «trozos» de una guardia una serie de fases del mismo proceso de vigilancia y custodia del puesto encomendado (26): *todas las fases de dicho servicio son actos propios del mismo*.

Sigue razonando la sentencia que establecer la falta de disposición de armas por Cabos y Soldados en las fases de descanso y alerta desvirtúa la consideración de servicio de armas al tiempo empleado en dichas fases, es confundir la insuficiente dotación de un servicio *con la naturaleza del mismo*. Concluye refiriéndose a la correspondencia de todo el servicio prestado con la *esencia y finalidad del bien jurídicamente protegido*: en la actividad, por constituir el servicio propiamente de armas; y en las fases de alerta y descanso, por

(26) Como señala el artículo 521 de las Reales Ordenanzas de la Armada: «Protección del personal, material e instalaciones militares.»

ser los actos anteriores y posteriores que afectan a la ejecución del primero, según la clara expresión del artículo 16 del Código Penal Militar.

### III. NATURALEZA DE LAS ARMAS REQUERIDAS

La mención que hace el artículo 16 a las armas resulta en exceso genérica, tiene un sentido por una parte absoluto (*cualquiera que sea su naturaleza*) y, por otro, bastante ambiguo. Porque ya de por sí resulta difícil determinar qué se entiende por «arma», ya que, aunque tradicional la distinción entre armas de fuego y armas blancas, es lo cierto que el propio Código Penal común nos da un concepto sobre «armas» que coincide con la acepción vulgar: «todo instrumento idóneo para la agresión o la defensa...». En este concepto entran tanto las armas de fuego como las armas cortas, como cualquier objeto o instrumento de cierta consistencia: una piedra, una azada, un martillo, una estaca, etc. Pero es indudable que no todos estos objetos o elementos pueden tener a los efectos del acto de servicio de armas, la calificación de «armas». Ni, como señala CALDERÓN SUSÍN (27) cabe en este punto traspasar el criterio interpretativo. El Código Penal considera razón de agravación para quienes cometen delito portando armas, por el potencial peligro y la mayor facilidad en la realización de los hechos punibles, mientras que en la Ley Militar lo que se contempla fundamentalmente, en relación con el servicio de armas, es la importancia de este servicio, como el bien jurídicamente protegido de forma específica.

ROJAS CARO entiende que es indiferente que el arma sea o no de guerra (28), mientras que otros autores, como MORALES VILLANUEVA, opinan que se circunscriben precisamente a las guerras (29).

Coincide nuestra opinión con la de CALDERÓN SUSÍN (30), al expresar el Código Penal Militar... «todos los que requieran para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza...», se comprende a todas, de cualquier tipo, que precise el militar para desarrollar el servicio.

Por ello, tendrá que ser un arma que esté catalogada como tal para el cumplimiento de las misiones encomendadas a los Ejércitos; normalmente serán armas de fuego, pero cabe también que se trate de cualquier otra (machete o bayoneta) siempre que sea reglamentaria.

Aunque, como hemos señalado, no cabe la aplicación íntegra del concepto de armas que facilita el Código Penal, puesto que no se refieren a armas uti-

(27) Obra citada, pág. 587.

(28) Citado por CALDERÓN SUSÍN, obra citada, pág. 587.

(29) Obra citada, pág. 204.

(30) Obra citada, pág. 589.

lizadas por los militares en el servicio, sino a agravar la conducta de quienes delinquen con ella, aprovechando la superioridad y ventajas y agravando las consecuencias lesivas, debemos sin embargo referirnos a su artículo 258, que, al tratar del concepto de *depósito de armas de guerra*, reputa como tales:

- 1) Todas las armas de fuego susceptibles de servir de armamento a la tropa, con excepción de las pistolas y revólveres. Aquéllas no perderán su carácter de armas de guerra aunque se trate de modelos anticuados cuando sea posible adquirir sus municiones en el mercado libre.
- 2) Las pistolas ametralladoras.
- 3) Las bombas de mano.

Frente al concepto de armas de guerra, trata el mismo precepto del de *armas de defensa*, considerando como tales a las pistolas, revólveres y pistolas automáticas de todos los modelos y calibres, con excepción de las pistolas ametralladoras.

Todos estos tipos de armas pueden servir, evidentemente, para los cometidos de servicios militares, además de otras, y por tanto son aptas para calificar un servicio, cuando dichas armas se utilicen reglamentariamente o en virtud de orden legítima, como servicio de armas. Es interesante señalar la antigua sentencia de la entonces Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1931, para la cual era indiferente que el servicio de armas se prestase sin fusil, pero con correaje y cartuchera con municiones. Más antigua todavía, la jurisprudencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina afirmaba que «por arma se entienden lo mismo las armas de fuego que las armas blancas» (sentencias de 27 de mayo de 1883, 3 de julio de 1886, 6 de diciembre de 1905 y 4 de mayo de 1907).

En definitiva, lo que marca el concepto es el contenido del Reglamento de Armas (Real Decreto 2179/81 de 24 de julio), que considera armas de guerra:

- a) Las que tengan dispositivo ametrallador o automático.
- b) Las pistolas y revólveres a que puedan adaptarse un culatín.
- c) Las que el Ministerio de Defensa considere como tales armas de guerra.

#### IV. SERVICIOS DE ARMAS ESPECIALES

De una forma específica e independiente se definen dos situaciones que, evidentemente, participan también de la naturaleza de servicio de armas:

- *centinela*, y
- *fuerza armada*.

Otros dos tipos de servicios asimilados a los de armas se incluyen en el artículo 16 del Código Penal Militar:

- *navegación de buque de guerra, y*
- *navegación de aeronave militar.*

Y, por último, un supuesto particularísimo:

- *servicio de armas de la Guardia Civil.*

#### a) *Centinela*

Nos da el concepto, a efectos penales, el Código Penal Militar en su *Artículo 11*:

«A los efectos de este Código se entenderá que es Centinela el militar, que en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las Patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; Operadores de las Redes Militares de Transmisiones o Comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; Operadores de Sistemas Electrónicos de Vigilancia y Control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confinados a los Centros o Estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u Observadores Visuales de los mismos espacios.»

No es propiamente propósito de este artículo estudiar el concepto de centinela, como materia del mismo; pero no podemos obviar traer aquí una concreta referencia, siquiera para insistir en que el centinela siempre se encuentra en servicio de armas aunque goza de una protección especial más específica. Pero existe además otra importante razón: y es la de que el centinela no actúa solo, sino dentro de un conjunto de *guardia militar* que está realizando un servicio de armas colectivo. El centinela es tal desde que ocupa su puesto y hasta que es relevado por su Cabo; pero, antes de entrar en puesto y después de dejarlo, *sigue en acto de servicio de armas*. El que abandona la guardia *antes* o *después* de haber ocupado su puesto de centinela no comete el delito específico de abandono de puesto, propio de centinela, pero sí el de *abandono de servicio de armas*. Al efecto recordamos aquí la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, anteriormente comentada.

En muchas ocasiones será difícil discernir, dada la definición legal, si se está en presencia de un centinela o de un militar en servicio de armas; dudas que

pueden surgir sobre todo de la segunda parte del artículo 11. Aparecen, entre otras, las siguientes interrogantes:

¿Cómo y cuándo un buque de guerra o aeronave militar podrá ser centinela; cuándo y cómo se les podrá catalogar como fuerza armada y cuándo y cómo se tratará de un supuesto normal de servicio de armas?

¿No será confusa la distinción entre fuerza armada y patrulla de seguridad... en qué consiste y cuál es el cometido, que el Código no define, de estas patrullas de seguridad..?

Estas dudas se traducen a veces en problemas competenciales, ya que la protección penal de la fuerza armada, así como del buque y aeronave militares, se halla, según la persona que participe en el delito, en el Código común y en el militar. Al efecto, podemos, como ejemplo reciente, hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, en conflicto de jurisdicción número 8/1988 de 14 de diciembre de 1989, respecto a presunto desacato de un paisano a una patrulla de seguridad compuesta de quince hombres portando armas de fuego largas, con motivo de haber sido interceptado y parado dicho paisano cuando circulaba por una carretera. La Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción decidió la competencia a favor de la jurisdicción ordinaria, lo que argumentó de la siguiente forma:

«... a) porque si el culpable de la acción fuere “el paisano”, es cuanto menos dudoso que le pueda ser aplicado el artículo 85 del Código Penal Militar, pues aunque el concepto de “centinela” que define el artículo 11 del mismo texto se amplía a “los militares que sean componentes de las patrullas de la guardia de seguridad”, no cabe olvidar que el ejercicio de esa “guarda” debe quedar ceñida a los territorios o establecimientos militares, pero no cuando se ejercita fuera de ellos y, en concreto, en una carretera o camino de uso público, y, por tanto, accesible al tránsito de cualquier ciudadano; b) por tanto, ante esa dificultad interpretativa del concepto de “centinela”, en el caso enjuiciado, es más lógico y claro acudir para ese posible enjuiciamiento a lo establecido en el artículo 235 bis, párrafo tercero, del Código Penal Ordinario, cuando sanciona al que “desobedeciere órdenes de fuerza armada; c) finalmente, si se entendiera que fue “el militar” el causante de amenazas o coacciones, bien graves, bien leves, frente a un “civil”, la competencia jurisdiccional se nos presenta aún con mayor claridad, pues tal competencia ha de medirse o decantarse, no en base a la cualidad militar o civil del agente de la acción, sino, con carácter exclusivo y excluyente, en fundamento a la naturaleza del delito encausado.»

## b) *Fuerza Armada*

El concepto aparece definido en ambos Códigos, Penal Militar y Penal Común.

Expresa el primero de ellos en su *Artículo 10*):

«A los efectos de este Código se entenderán que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil cuando, prestando servicio propio de su instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.»

Por su parte, el Código Penal común, en su artículo 235 bis, dispone que... «se entenderá por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme y portando armas, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.»

Caracteriza, pues, la fuerza armada, la forma ostensible de llevar armas el militar, vistiendo uniforme, cuando realiza un *servicio de armas*. Al ser la fuerza armada el sujeto pasivo de los delitos que al respecto se tipifican en ambos códigos, se exige siempre, como *elemento típico* específico, el que los militares que presten servicio de armas se den a conocer como actores de tal cometido; las armas y el uniforme deben ser *visibles*; no basta que el servicio sea o no conocido: ha de ser *cognoscible*.

Como pone de relieve MORALES VILLANUEVA (31), la exigencia de uniforme es debida a la *exteriorización* de su condición militar, y aunque su uso es obligatorio en todos los actos de servicio, en algunos casos la autoridad militar puede dispensar su utilización (art. 188 de las ordenanzas); en estos casos carecen de la protección debida a la fuerza armada.

Por la misma razón, para CALDERÓN SUSÍN (32), el requisito de que el militar de uniforme haya de portar armas, al objeto de considerarse fuerza armada, exige además que las lleve de forma perceptible; o sea, a la vista de los demás, externamente, ya que, si se le protege penalmente de forma especial y cualificada, es por el hecho de llevar armas (33).

Al fin y al cabo se trata de la protección de servicio militar de armas, ya que, como expone el mismo autor, al comparar los preceptos sobre la materia de ambas legislaciones, militar y común, racionalmente no puede recibir-

(31) Obra citada, pág. 263.

(32) Obra citada, pág. 558.

(33)

se que, aunque se haga con técnicas distintas, se protegen intereses diferentes, cuando la raíz de todos estos preceptos es idéntica, y no es otra que la de proteger *la función propia de los militares cuando desarrollan un servicio de armas*; o, si se prefiere, la normal ejecución de éstos. Del artículo 235 bis del Código Penal sale reforzado el principio de *funcionalidad* del principio de autoridad, en concreción a los servicios castrenses de armas, como relevante aspecto organizativo de la Defensa nacional (34).

### c) *Navegación de buques de guerra y de aeronaves militares*

El Código de Justicia Militar, en su redacción por la Ley Orgánica 9/80, incluía en su artículo 312 dentro de la fuerza armada *la ejecución de cualquier maniobra o faena marinera o de aeronave*, cuyo objetivo reconocido sea preparar o realizar algunos de los servicios expresados en el párrafo anterior (definitorio del servicio de armas *in génere*). Y, concretando más el concepto, respecto del buque de guerra, expresaba que asimismo se refutará fuerza armada al *Comandante y dotación de un buque de guerra en navegación* dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y, además, en alta mar respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación y pasaje.

Cuando se habla de *buque de guerra* no se piensa normalmente en el conjunto de bienes materiales (casco, máquina, armamento, etc.) que lo componen, sino en el complejo material y humano (buque y dotación) que forman lo que, en toda propiedad, se conoce como *unidad naval*.

Los Códigos, sin embargo, no siempre se atienen a esta configuración unitaria; hay una protección penal a la *integridad del buque* (contra los medios o recursos de la Defensa nacional), que puede corresponder a la Jurisdicción Ordinaria (a través de delito común) o a la Militar, según la condición del responsable (paisano o militar); y, hay, por otra parte, una protección al *servicio* que en el buque se presta. (La misma consideración vale respecto de la aeronave militar.)

Pero aún dentro del Código Penal (ver art. 153 bis) el elemento humano no está desechado, agravándose el delito cuando comporta un peligro para

(34) Para QUEROL Y DURAN, al objeto de esta tutela es el interés público militar de prevenir y de reprimir las ofensas a la Fuerza Armada para garantizar el seguro y eficaz cumplimiento de los más delicados y celosos entre todos los servicios que a un soldado pueden encomendarse. Obra citada, pág. 404. En el mismo sentido se ha dicho que «entraña como fundamento la idea de garantizar los respetos que el Ejército necesita para llenar su cometido». CONEJOS D'OCÓN, ANTONIO. *Observaciones para aplicación del Código de Justicia Militar*, Imprenta Domenech, Valencia, 1895, pág. 380.

la vida o integridad de las personas (normalmente el peligro lo será para la dotación o tripulación del buque o aeronave). Quizás por ello el propio Código común emplea, en la rúbrica, la palabra «atentado», que, según GÓMEZ CALERO (35), no parece teóricamente la más apropiada.

Respecto del buque de guerra, o más propiamente, de su Comandante y dotación, opinamos decididamente que, a efectos penales, *siempre constituye fuerza armada*, aunque en el texto definitorio actual no exista ya la concreción antes aludida, introducida por la Ley Orgánica 9/80. Es indudable que, cuando en un buque de guerra se realiza algún acto de servicio de armas por su personal militar uniformado, existe a bordo fuerza armada (uso, manejo o empleo de armas; uniformidad, visibilidad de las armas). Difícil es encontrar algún hipotético supuesto en que, en un buque de guerra en activo —aunque no se halle en navegación—, no participe al menos parte de su dotación en acto de servicio de armas (36). ¿Puede acaso imaginarse que un buque de guerra, aunque se halle fondeado o atracado, puede carecer de individuos armados, de centinelas, de guardia militar, etc.? ¿acaso no es por propia esencia el buque de guerra una institución permanentemente armada... y no ya de armas individuales, sino de armamento poderoso y sofisticado, como ametralladoras, cañones, torpedos, etc...? El Comandante del buque, estando a bordo y como Jefe de un complejo armado, ¿no está permanentemente en servicio de armas? ¿Existe algún momento en que el buque se halle sin Oficial de guardia, sin Suboficial y Cabos de guardia, sin centinelas, sin tripulantes en servicio de guardia? ¿no se realizan siempre estas guardias con el uso, manejo o empleo de armas..?

En ocasiones, el buque de guerra podrá tener también la consideración de *centinela* (37), cuando le hayan sido asignadas misiones propias de patrulla de seguridad (38) en determinadas zonas o espacios marítimos, en cometidos de

(35) En la otra citada: *La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional*, pág. 374: «La palabra *atentado* que se utiliza como *nomen iuris* no parece particularmente feliz. A nuestro modo de ver, solamente puede ser aceptada si la tomamos en su acepción más amplia y comprensiva, como “delito o exceso grande”, en lo que es posible incluir “atentados contra la propiedad” y contra distintos bienes jurídicos que vienen lesionados por la infracción punible; pero no podía ser admitidos en el sentido que se confiere al término *atentado* en el Código Penal como agresión a autoridades, agentes de la autoridad o funcionarios, delitos que constituyen el “atentado propio”.

(36) QUEROL Y LOMBARDEO, JOSÉ FRANCISCO: «La Protección penal del Buque de Guerra en el Código de Justicia Militar: su consideración como Fuerza Armada.» *Revista General de Marina*, marzo de 1983, págs. 409 a 414.

(37) Es sintomático que el nombre de «Centinela» haya sido asignado a un buque de la Armada.

(38) Por cierto, no existe una definición legal de este concepto en nuestras leyes militares.

vigilancia y protección, alerta y custodia u otros propios del centinela. El artículo 11 del Código Penal Militar no sólo equipara las patrullas de seguridad al centinela, sino que también contiene igual equiparación respecto de los operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los centros o estaciones en que sirven durante el desempeño de su cometido y observadores visuales de los mismos espacios. Qué duda cabe que estos cometidos de vigilancia, control u observación pueden llevarse a cabo, máxime en espacios aéreos y marítimos, desde un buque de guerra o una aeronave militar.

#### d) *Servicios de la Guardia Civil*

Sería erróneo suponer que la única consideración de la Guardia Civil, a efectos penales, sea la de *fuerza armada*. El carácter militar de este Instituto (39) no está limitado a esta sola consideración, aunque sea la única expresa a que se refiere el Código en su artículo 10 (... «así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando, prestando servicios propios de su Instituto así lo disponga la Ley a que se refiere el art. 104.1 de la Constitución»). La Ley de «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en su artículo 7.3 (40) también alude a ese carácter de fuerza armada de la Guardia Civil *en el cumplimiento de las misiones de carácter militar* que se les encomiende de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

En cometidos militares, pues, si la Guardia Civil es o puede ser fuerza armada, quiere ello decir que está en *servicio de armas* y, por ende, también en *acto de servicio*. A los efectos de acometidas del exterior, la protección penal del servicio lo será, evidentemente, dentro de la protección a fuerza armada; pero cuando sea el individuo de la Guardia Civil quien cometa delito por abandono o incumplimiento de su misión, se tratará de delito cometido en acto de servicio de armas, o en acto de servicio, según las circunstancias. De igual manera le serán de aplicación a la Guardia Civil los preceptos penales relativos al *centinela*, cuando alguno de sus miembros preste este específico servicio. La dificultad mayor surge de las distintas consideraciones legales asignadas a la Guardia Civil. Según la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, esta consideración es triple (41):

1) La de agente de autoridad en el ejercicio de sus funciones judiciales.

(39) Vid. MORALES VILLANUEVA, obra citada, pág. 270.

(40) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

(41) Artículo 7º, apartados 1.2 y 3.

2) La de Autoridad, cuando se cometa delito de atentado, empleando en la ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física.

3) La de *fuerza armada* en las circunstancias expresadas.

El sistema, escribe CALDERÓN SUSÍN (42), no es precisamente sencillo. El quid está en establecer con claridad cuales sean las misiones de carácter militar propias de la Guardia Civil, pues ello es lo que determinará, en cada caso, si se halla o no en acto de servicio, o en acto de servicio de armas, o si constituye fuerza armada.

De acuerdo con MORALES VILLANOVA (43), cabría considerar como misiones militares de la Guardia Civil en tiempo de paz: la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros o instalaciones que lo requieran, cuando se efectúen bajo directrices emanadas del Ministerio de Defensa; también, la conducción de presos por disposición o condena de Jueces y Tribunales Militares, asimismo cuando presten servicios de protección de centros, dependencias e instalaciones de las Fuerzas Armadas, y cuando presten servicios en sus propios acuartelamientos.

(42) Obra citada, pág. 595.

(43) En *Comentarios al Código Penal Militar*, pág. 265 y mencionado también por CALDERÓN SUSÍN, obra citada, pág. 595.

# PROBLEMATICA DE LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS Y DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA\*

Agustín CORRALES ELIZONDO  
*Teniente Coronel Auditor*  
*Doctor en Derecho*

## SUMARIO

I. EL CRÉDITO DOCUMENTARIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) INTRODUCCIÓN; B) CARÁCTER DEL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS; 2. INCIDENCIA DEL CONTRATO CAUSAL. EL D. 3637/65, DE 25 DE NOVIEMBRE; 3. NATURALEZA DEL CONTRATO. C) LÍMITES DEL CONTRATO DE CRÉDITO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. CAUTELAS EN LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA. 2. PAGOS EN MONEDA EXTRANJERA. 3. ESPECIALIDADES EN LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: a) Derivadas del ámbito del contrato; b) El suministro y la comisión mercantil para el pago; c) La mora en el pago y la recepción de la cosa suministrada; d) Incidencia de la normativa comunitaria; e) La revisión de precios en la contratación con empresas extranjeras. II. EL R.D.F 1120/77 DE 3-5-77 Y LA O.M. DE 16-6-78, SOBRE CONTRATACIÓN DE MATERIAL MILITAR EN EL EXTRANJERO: A) CARACTERÍSTICAS GENERALES; B) APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APERTURA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS PARA ESTOS CONTRATOS. III. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE; B) EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; C) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA; D) POSTURA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

## I. EL CREDITO DOCUMENTARIO EN LA CONTRATACION PUBLICA

### A) INTRODUCCION

Es habitual, y a veces casi imprescindible en el comercio internacional, que se pida la mediación de un banco para realizar el pago por cuenta del comprador tras el examen y recepción de los documentos representativos de las mercancías. En el caso más general se denominará al sistema «pago contra documentos» o ventas en las que el vendedor recibe el pago como beneficiario de un crédito abierto a su favor por el comprador, con la peculiaridad de que

\* Ver nota al final del artículo.

el banco corresponsal intermediario (normalmente ubicado en el país del vendedor) realizará los pagos conforme a las instrucciones recibidas de otro banco ordenante o emisor del crédito (que se encontrará lógicamente en el domicilio del comprador), pago éste a verificar cuando se haya comprobado que los documentos representativos de las mercancías están en regla.

En definitiva, es un sistema de agilizar los pagos en el extranjero y además garantizar los abonos al momento del embarque de los efectos vendidos. Se encuentra generalmente admitido y se rige internacionalmente por las «Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios», (en adelante RR.UU.) que han tenido sucesivas redacciones por parte de la Cámara de Comercio Internacional —la última revisión es de 1983—, Reglas éstas que constituyen un eslabón más en lo que se ha venido denominando nueva *lex mercatoria* con asunción internacional generalizada con propósito de generalidad unificadora. En este mismo sentido, la jurisprudencia española (SS. TT. SS. de 30-07-76 y 27-10-84) recogen estas ideas. En la primera, al decir: «Es indiscutible la aplicación para la resolución de las controversias a que dé lugar el cumplimiento del convenio que el crédito documentario significa la normativa contenida en las RR.UU....», partiendo de la sumisión expresa de las partes (considerando primero), siendo este convenio inserto en el crédito documentario «una operación independiente del contrato de compra-venta que le sirve de base» (considerando tercero).

Las RR.UU. son, por tanto, la fuente básica reguladora de las relaciones contractuales y comerciales para cuya ejecución se asumen por las partes.

Entendido el contrato administrativo como una figura impuesta por la realidad, proyectamos la problemática de los créditos documentarios sobre la contratación administrativa entendida en sentido amplio, es decir, como la totalidad de relaciones entre la Administración y los particulares nacidas por aplicación de una técnica contractual, con inclusión de la generalidad de los entes públicos como sujetos contratantes y con la doble perspectiva de proyección de normas jurídico públicas y jurídico privadas sobre los contratos, con admisión

(1) Cfr. TAPIA HERMIDA: «Reglas y usos relativos a los créditos documentarios (revisión 1983)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 9, enero-marzo 1983, págs. 47 y sigs. El más completo análisis doctrinal español monográfico sobre el tema es, tal vez, el de FERNÁNDEZ ARMESTO: *Los créditos documentarios irrevocables*, La Coruña, 1984, al margen de las obras generales, en particular GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975. En la doctrina extranjera, entre otros muchos, son de fácil acceso las obras de EISEMANN Y BONToux, *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Editions Júpiter, París, 1976; CHORLEY, *Law of Banking*, London, 1967; STOUFFELT, *Le crédit documentaire*, París, 1957; FLORENTINO: *La operazioni bancarie*, 1964, y B. KOZOLCHYK: *El crédito documentario en el derecho americano*, traducción de Luis Rupilanchas, Madrid, 1973.

de todas las figuras y posibilidades de forma abierta, en la línea de W. JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, 3 ed.) y FORSTHOFF, en Alemania, y ZANOBINI en Italia (*Curso di diritto amministrativo*, vol 5, 5ª ed.).

En determinados contratos, el Estado es habitualmente comprador a extranjeros, o en el extranjero, de bienes de equipo, armamento, material informático y de alta tecnología, entre otros objetos de comercio. En el mismo sentido, los demás entes públicos pueden verse obligados dentro de sus competencias a verificar importaciones para el cumplimiento de sus fines. En ocasiones —las menos— nos encontramos con relaciones interestatales, pero lo normal será el contrato con empresas extranjeras, privadas o públicas, en una situación que se aleja de la posición de prepotencia y relativo privilegio que otorga la legislación de contratos del Estado contenida, en su regulación básica, en la L.C.E. de 8-4-65, parcialmente reformada por la de 17-3-73 y desarrollada por el Reglamento (R.C.E.) de 25-11-75, con sucesivas modificaciones, al margen de una profusa y extensa legislación complementaria (2).

A la peculiaridad de la condición de estos contratos de los entes públicos se suma la circunstancia de la condición de extranjera de la otra parte, con lo que ello lleva consigo de problemas sobre ley aplicable, Tribunales competentes, posibilidad de arbitrajes y otros. Por otro lado, nos encontramos que, las más de las veces, el contrato causal será un suministro comprendido en la Ley y R.C.E., o un arrendamiento de obra (posiblemente asimilable a los tipos clásicos), pero, evidentemente, cuando se acuerda el pago por el sistema de créditos documentarios, la figura (aunque la caractericemos como contrato auxiliar del principal) no está comprendida en la legislación básica ni aún analógicamente. En este apartado se trata de estudiar qué tratamiento ha de otorgarse al contrato y si surgen especialidades por la presencia de la Administración. Asumida la participación del Estado u otro ente público y calificada la naturaleza del contrato, procederá el análisis, desde el ángulo de la pre-

(2) La L.C.E. supuso, como dice VILLAR PALASÍ [Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho (U.C. de Madrid), Madrid, 1983, págs. 47 y siguientes], una «codificación» en una materia dispersa. Hoy cabría plantearse grandes dudas en relación a la permanencia de dispersión que, aun en los canales principales de la L.C.E. y su Reglamento, con venturosa actualización de éste último, casi siempre con rapidez, sigue siendo una legislación un tanto farragosa y casi inaprehensible. Aquella Ley tuvo la virtud de otorgar autonomía al Derecho administrativo en este campo, tratando de no mantener servidumbres con el Derecho Civil. El importante matiz se apuntaló con la reforma de 1973, haciendo que surgiera la figura del contrato administrativo con una dogmática independiente y una naturaleza propia. Incluso, cuando nos encontramos con los contratos privados celebrados por ente público, la peculiaridad de la intervención de la Administración dejará su impronta y sus consecuencias.

paración, iniciación y perfección, que es el objeto de nuestro planteamiento acerca de los problemas de determinación del banco emisor, relaciones con éste, dilucidar si el beneficiario puede decidir o vetar directa o indirectamente al banco elegido y la conveniencia, incluso, de adoptar medidas dirigidas a una economía de costes e intereses y de menor salida de divisas en orden a conseguir, al menos, que el banco (1) sea de nacionalidad española.

Por último, como cuestión que creemos también previa al desarrollo del contrato, trataremos el ya aludido problema de la solución de controversias, Tribunales competentes y posible utilización del arbitraje, en relación con la jurisdicción aplicable al contrato principal.

## B) CARÁCTER DEL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El contrato administrativo exige que uno de los sujetos contratantes, al menos, sea una entidad administrativa. No obstante, esta visión subjetiva no puede ser la decisiva. Por ello han sido utilizados otros diversos criterios para distinguir los que tienen carácter administrativo o civil. GARRIDO FALLA (3) señala como tales el de la jurisdicción competente, el de la forma y el del objeto y contenido del contrato (4).

(3) G. FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, décima edición, págs. 39 y siguientes.

(4) De acuerdo con el criterio jurisdiccional serían administrativos los contratos sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, criterio de carácter adjetivo excepcional que tal vez pudiera tener cierto respaldo a la sombra de la vieja Ley de lo Contencioso de 1884 que, en su artículo 5º, proclamaba la sumisión a los Tribunales de tal carácter de los contratos de la Administración Central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie». Como señala FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos*, 2ª edición), la jurisdicción no afecta a la esencia de los contratos.

De todos modos pensamos que, con todo, no deja de ser esencial (valga la redundancia) la consecuencia de la sumisión a los Tribunales de lo contencioso.

El criterio de la forma ha sido tildado de insuficiente, aunque a veces fue tomado en cuenta por la jurisprudencia (cfr. MORENO GIL, *Contratos administrativos*, Instituto de Estudios Fiscales). Generalmente, la doctrina y la jurisprudencia adopta el criterio del objeto y contenido del contrato, entendiéndose que éste será administrativo si tiene por objeto un servicio público, postura que mantiene la jurisprudencia, aún en casos en que el objeto del contrato sea un «elemento complementario de un servicio» (SS. TT. SS. de 11-3-85 y 26-11-85). Asimismo se señala que posiblemente la idea de servicio público no sea suficiente y habría de cumplimentarla con la existencia de cláusulas exorbitantes (G. FALLA, cit. págs. 41 y 42) precisamente porque éstas son consecuencia lógica de que el objeto del contrato sea un servicio. ÁLVAREZ GENDÍN (*Los contratos públicos*, Madrid, 1934) centra la distinción en la «situación privilegiada» de la Admi-

En la mayoría de los casos nos vamos a encontrar, en relación al problema que analizamos, con que el crédito documentario será la forma de pago acordada entre el ente público administrativo y el particular, generalmente extranjero, para el cumplimiento de un contrato de suministro o de prestación de servicios. De esta forma, el contrato principal —suministro— sería, en principio, administrativo por razón del sujeto y del objeto, así como por el criterio jurisdiccional, cuando el suministrador o realizador de los servicios o la obra admita nuestros Tribunales para la resolución de las controversias. Aun en tal caso, el contrato de crédito documentario iría en paralelo al principal y con vida propia, aunque su origen o causa estuviese en una o varias cláusulas del pliego del suministro.

Ahora bien, actualmente, como ha puesto de manifiesto la doctrina (5), en relación a la idea de suministro, las modificaciones en la legislación española en la materia, introducidas por los RR. DD. 931/86 y 2528/86, para adoptar nuestra normativa a la Comunidad han ampliado el espectro característico del suministro para abarcar en su seno prácticamente a todo tipo de compras de bienes muebles por parte de la Administración, «salvo la adquisición de propiedades incorporadas y los títulos representativos de capital, que se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado» (art. 237 R.C.E.). Por consiguiente ha desaparecido

nistración. GARCÍA TREVIJANO (*Principios sobre contratos de la Administración*), REL, número 87 se inclina por afirmar que las cláusulas exorbitantes no son la causa, sino la consecuencia de la distinción. Apoyó también la tesis del servicio público ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración* (R.A.D. número 24, 1957, págs. 62 y siguientes). En la doctrina italiana GIANNINI (*Diritto Administrativo*, I, Milán, 1970) habla de los contratos de «objeto público» a los que, a diferencia de los que se rigen por el Derecho común o el Derecho privado especial, se aplica el Derecho público. ZANOBINI (*Corso di Diritto Administrativo*) asume que la Administración asume una posición principal. En Francia JÉZE (*Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1948) alude a la teoría del acto condición y a que el contratista queda sometido a una disposición general. Idea similar a la que plantea O. MAYER y la doctrina alemana que identifica como el «sometimiento» del particular. GARCÍA DE ENTERRIA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo* I, Civitas, Madrid, 1983, págs. 643 y siguientes, señalan como la delimitación del contrato administrativo «se hace por su vinculación, según la tradición de nuestro derecho, a la finalidad de obras y servicios públicos, expresión que ha de entenderse en el sentido de giro o tráfico peculiar de la Administración y no en el de servicio público en sentido técnico, como ha puesto de manifiesto, en parte, la jurisprudencia. Por otra parte, PARADA (*Derecho Administrativo*) y MARTÍN RETORTILLO, han sostenido la oportunidad de la unificación jurisdiccional en el marco de lo contencioso, cuestión ésta no asumida generalmente. ENTERRIA y RAMÓN, F. (cit. pág. 650) consideran mas razonable que, en un cierto sector contractual, la Administración no disponga de tal privilegio. Tiene interés también el análisis de la idea de servicio público, a estos efectos, en FERNÁNDEZ GARCÍA, JUAN JESÚS, *Definición de servicio público: su aplicación al problema de suministro de gas* (Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984). (5) Vid., por todos, G. FALLA; cit. pág. 54.

la nota de prestación continuada o relación sucesiva característica del suministro como contrato de duración. Entendemos que no se trata de una ampliación en sentido conceptual del suministro como contrato atípico en el marco de las ventas especiales (6), sino de una extensión del ámbito de la contratación administrativa a supuestos de compraventa antes regulados por el Derecho Civil.

(6) El contrato de suministro, no introducido en sentido propio en nuestro derecho administrativo (en el derecho común es atípico, como se sabe) hasta la Ley del Patrimonio del Estado de 15-4-64 y desarrollado luego en la Base XIV de la Ley de Bases de C.E. y en la normativa posterior, en parte vamos a interpretarlo en sentido amplio, comprensivo del conjunto de posibles adquisiciones a realizar por un ente público. El suministro ha evolucionado en la legislación española de contratos del Estado en distintos aspectos, recientemente, de un lado, en cuanto a las formas de adjudicación, desde el 1-1-86 se admite la subasta nuevamente como sistema ordinario de contratación, que había sido eliminado en el Texto de 8-4-65 y en la Ley 5/73, de 17 de marzo. La subasta coexistirá con el concurso y con la contratación directa, ésta última en los casos del artículo 87 R.C.E., supuestos éstos similares a los admitidos en las directrices comunitarias.

En cuanto a los requisitos de las empresas extranjeras en el contrato de suministros serán únicamente las del artículo 24, R.C.E., de capacidad para contratar según la legislación de su nacionalidad, existencia de reciprocidad respecto a empresas españolas y sumisión a los tribunales españoles en las materias y cuestiones derivadas del contrato, aunque sobre esta exigencia debe formularse una consideración o matiz, el derivado de la posible aplicación de las «normas» y usos vigentes del comercio internacional (art. 239 R.C.E.) y la posibilidad del arbitraje comercial internacional, al que nos referiremos *in fine* en este trabajo (vid sup. ap. VI).

Vamos a abordar aunque brevemente dos cuestiones que, en una dinámica internacional del contrato, serán controvertidas. Se trata del *periculum rei*, por un lado y de la *exceptio non adimpleti contractus*, por otro.

En relación a la primera, como se sabe, consiste en que, de acuerdo con el artículo 261 R.C.E. el *riesgo y ventura* de la cosa es del contratista hasta su entrega a la Administración. Pues bien, parece prudente que en las situaciones de entrega instrumental y embarque de mercancías se provea a una singular vigilancia y atención, tratando por otra parte de prefijar contractualmente la regla aludida del riesgo y ventura, que constituye uno de los pilares tradicionales en contratación pública. Por otro lado, la *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa se configura como de aplicación especial o unilateral, en el sentido de que la excepción de incumplimiento no es oponible por el contratista a la Administración incumplidora. La regla no se reproduce normalmente en los Pliegos pero queda clara en algunos textos legales (v. gr. arts. 56 y 71.2 del R. Contratación de las Corporaciones Locales) en el sentido de que, caso de denuncia o declaración de resolución o rescisión unilateral por parte del contratista, ésta no traerá consigo la interrupción en la realización de las prestaciones por el mismo.

Naturalmente este privilegio tiene los límites de la buena fe (*exceptio doli*) y de la fuerza mayor. Otra cosa sería abuso del derecho en el sentido señalado por la doctrina (v. gr. DIEZ PICAZO, L. «El abuso del derecho y el fraude la Ley en el nuevo título preliminar del C.C. y el problema de sus reciprocas relaciones», en *Documentación Jurídica*, 1974, pág. 210).

La asunción —con límites— de *exceptio* está reconocida por la doctrina (v. gr. VILLAR PALASÍ, «Lecciones de C.A.», pág. 205, de *Principios de D.A.*, III, ct. PARADA, VÁZQUEZ., *Los orígenes del contrato administrativo*, en *Derecho Español*, Sevilla, 1963, pág. 209; BALBÍN PECHUAN, *Los contratos municipales*, Madrid, 1976, pág. 81), así como en parte de la doctrina europea clásica como en el caso de JEZE, 6: *Principios Generales de D.A.*, Buenos Aires, 1950 (traducción al castellano), pág. 229.

## 2. INCIDENCIA DEL CONTRATO CAUSAL. EL D. 3637/65, DE 25 DE NOVIEMBRE

Los posibles contratos que englobamos en el marco del suministro, aunque ello no significa que pensemos que se trate de un tipo único, sino que será el genérico cuyos principios y reglas serán aplicables analógicamente a los de prestación de asistencia técnica y servicios, pueden estar incursos en tres grupos:

- 1) Adquisiciones formalizadas con Gobiernos o Entidades públicas extranjeras.
- 2) Contratos con Empresas extranjeras celebrados y ejecutados en territorio español.
- 3) Contratos con Empresas extranjeras celebrados y ejecutados en el extranjero.

Los del grupo primero estarían incluidos entre las relaciones interestatales y traerían consigo la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores normalmente y del Ministerio de Economía, en su caso. Debe distinguirse entre el convenio o acuerdo internacional, que tiene la condición de marco jurídico en el cual se desarrollan una serie de relaciones o negocios jurídicos posteriores y los contratos (v. gr. de suministros, asistencia o adjudicación de obras) celebrados al amparo del convenio marco. Estas reglas del acuerdo básico —*lex inter partes*— serán *pacta sunt servanda* entre las entidades públicas de ambos países; mientras que la legislación de contratos del Estado se aplicaría solamente para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse (art. 2º. L.C.E. y art. 2.5 R.C.E.), salvo que hubiese sido expresamente invocada, debiendo tratarse, en estos casos, de adaptar el pliego de cláusulas o condiciones a nuestra legislación (L. y R.C.E.), como fórmula de inclusión indirecta, tal como ha puesto de manifiesto al estudiar éstos supuestos la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (7).

SÁIZ MORENO, F. (*La exceptio... en la C.A.*, Cívitas, número 16, enero-marzo 1978, pág. 18) ha fijado con precisión el alcance de la «imponibilidad» concretando de forma precisa la S.T.S. de 17-5-73, que recoge que la «inexcusabilidad del incumplimiento por parte del contratista quiebra cuando la ejecución deviene imposible, bien por fuerza mayor extraña a las partes, bien por culpa de la Administración».

Pues bien, aun en sus justos límites, la regla, que ciertamente está planteada para el contrato de obras, se aplicará fundamentalmente al denominado suministro de fabricación, pero en el ámbito internacional tendrá dificultades evidentes por no decir de muy compleja adaptación. Por ello, cualquier cuestión sobre ella deberá reflejarse de forma precisa en el clausulado.

(7) Vid. dictamen Junta Consultiva de 22-9-73, en MORENO GIL, cit. págs. 22 a 25.

El segundo grupo de contratos, es decir, el de los celebrados con Empresas extranjeras dentro del territorio español, debe quedar íntegramente incluido en el seno de la L. y R.C.E. o en la legislación especial aplicable a otros entes públicos. El problema surgirá cuando la otra parte se niegue o no admita parte de los principios o reglas de la legislación española. En tal supuesto nos encontramos con una situación similar a la de los celebrados en el extranjero, en la que, si a toda costa se quiere contratar, habría que ceder, en lo posible, dentro del campo de adaptación, en su caso.

Por último, los contratos celebrados en el extranjero se rigen por *D. 3637/1965, de 25-11-65*, que se dictó en uso de la facultad otorgada por la disposición final sexta de la L.C.E. que autorizó al Gobierno para que, mediante Decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda y previo dictamen del de Asuntos Exteriores, dictase las *oportunas normas especiales* relativas a estos negocios. En su ámbito se integran (art. 1º) «los contratos del Estado y sus Organismos autónomos referentes a obras, gestión de servicios o suministros que se celebren y ejecuten *en país extranjero*», añadiendo que si se *celebra en territorio* español aún cuando la ejecución ...tenga lugar en el extranjero, se aplicará al convenio la L.C.E.

La facultad de contratar se otorga al Ministerio de Asuntos Exteriores, previéndose la delegación y dejando en todo caso la preparación (proyecto y expediente) al Departamento al que afecte (arts. 2º y 4º) e informando a su vez, caso de pagos en moneda extranjera, el entonces Ministerio de Comercio (art. 4º, *in fine*).

De este Decreto es especialmente interesante y, como veremos en otros lugares, enormemente realista y flexible, el artículo 5º, que prevé dos amplias soluciones para, de una parte, «inducir», por vía de cláusula, estipulaciones tendentes a preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del empresario o a autorizar modificaciones del contrato y, de otra parte, a «resolver las discrepancias que puedan surgir», mediante *fórmulas de arbitraje sencillas*, procurando en todo lo posible la sumisión a Tribunales españoles.

Hablamos de realismo y flexibilidad, porque nos encontramos ante un precepto posibilista, que deja libertad en gran medida al Órgano de contratación, sabedor de las dificultades que va a encontrar en los pactos con la entidad extranjera, reacia normalmente a aceptar una legislación que como la L.C.E. y el R.C.E. ofrece todas las facultades de interpretación y modificación al Estado, además de las de resolución, inspección, penalidades por incumplimiento y demás privilegios lejanos al principio de igualdad entre las partes. El Órgano que lleva la negociación puede, por consiguiente, ceder en

lo que sea indispensable. Importante es también la facultad de admitir «fórmulas de arbitraje sencillas», si bien esta posibilidad resulta mucho más remota o, al menos, más difícil, quizás lamentablemente, de lo que parece deducirse de este precepto, como veremos más adelante (8). Aún así el artículo señala los límites de este apunte de discrecionalidad del Organo, al establecer que «se procurará incluir por vía de estipulaciones tendentes a...» (los criterios de la Ley y R.C.E. que son los que preservan los intereses públicos) y a «resolver las discrepancias», aunque la vía arbitral tendrá que sobrevenir con un complejo sistema.

Por su parte, en lo que al tema que desarrollamos incumbe, tres artículos (6º, 7º y 10) se aproximan al problema del pago de las obligaciones surgidas de los contratos, si bien, en este caso, con una patente superficialidad que el tiempo ha puesto de manifiesto. En el artículo 6º, previendo la expedición de libramiento a justificar en favor de los Jefes de Servicios de Embajadas y Legaciones para el abono de facturas a justificar, en el artículo 7º aludiendo a «casos excepcionales» que hagan «confiar la realización de un contrato a un funcionario o persona determinada, efectuándose el pago en la forma que determine el propio acuerdo del Gobierno» o en la forma que señale el Ministerio de Hacienda y, por último, en el más previsor artículo 10, señalando que será dicho Ministerio el que podrá «reglar los procedimientos de pago... teniendo en cuenta sus especialidades características y los *usos internacionales*», aludiéndose en definitiva a los créditos documentarios, aunque sea indirectamente, al tratarse del sistema convencionalmente admitido a nivel internacional.

Sin perjuicio de la aplicación de los sistemas esbozados sin profundidad alguna en los artículos 6º y 7º, no hay duda del tratamiento que en la contratación en el extranjero se da al sistema de pago, como una característica más del contrato al igual que en los internos o nacionales, pero previendo también la posible y normal complejidad. En el artículo 6º se contempla un pago contra facturas por Jefe de servicios efectuado directamente, lo que es factible pero, desde luego, no lo usual. Por ello habrá que pensar en la normal inclusión de una o varias cláusulas que señalen la apertura de un crédito documentario, lo que será tanto como establecer la necesidad de celebrar un nuevo contrato (el de crédito) dentro del contrato causal y dirigido a posibilitar el pago de las obligaciones surgidas de éste. Sobre estos extremos no han incidido especial-

(8) Vid. subapartado final en este mismo artículo. También, más ampliamente, en nuestro trabajo «Incidencia de la normativa comunitaria y la cláusula de arbitraje en la contratación administrativa», en *Revista General de Marina*, octubre 1989.

mente las *modificaciones introducidas por los RR.DD. 931/86 y 2528/86* para adaptar nuestra contratación pública a la C.E.E., incidiendo únicamente en la apertura a los contratistas del Mercado Común de la licitación, cuando la cuantía del contrato iguale o supere las 140.000 unidades de cuenta europea (ECU) (9).

### 3. NATURALEZA DEL CONTRATO

La participación del Estado (o ente público) nos presenta un contrato surgido en desarrollo de una cláusula del pliego en la que se establece que el pago se realizará mediante la apertura del crédito documentario. Este contrato, ermitaño del principal, tendrá dos posibles contratos causales, como hemos visto, los celebrados en España (íntegra regulación, en principio, de nuestra legislación) y los celebrados en el extranjero (sujetos al D. 3637/65). Sin embargo, en ambos casos, el contrato no podrá someterse a la normativa administrativa, sino que será un contrato mercantil, con participación del Estado, *sometido a las normas y usos del comercio internacional, y, en concreto, a las RR.UU. en su versión actual*. De este modo, el contratista habrá admitido el pliego o clausulado, que es la ley del contrato (10) y que se inspira en los denominados pliegos de cláusulas generales (11), de los que los particulares no podrán variar estipulaciones, salvo las informadas favorablemente por la Junta Consultiva. Esos pliegos de condiciones administrativas se completarán con los que integran las técnicas, componiendo —aquéllos en particular, que son los que se refieren al contenido obligacional— lo que denominamos ley entre las partes. Una o varias de las cláusulas sobre pago aludirán al sistema de créditos documentarios y podrán ser más o menos explícitas en su redacción. En cualquier caso, el contrato que de la autorización contenida en la cláusula surja será a su vez base de los que se formulen entre Administración y banco emisor por un lado y entre éste y el beneficiario por otro, sin perjuicio de la intervención de banco avisador o de banco confirmante, rigiéndose por la normativa que hemos estudiado a lo largo de este trabajo.

(9) Cfr. artículos 237, 238 y 244 R.C.E.

(10) Así lo proclaman las SS.TT.SS., de 23-11-68, 22-6-72 y 20-11-74, entre otras.

(11) Conforme al artículo 37 R.C.E. «los pliegos de cláusulas generales contendrán las declaraciones jurídicas económicas y administrativas que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo...»

En ellos (art. 37, *in fine*) se basarán los particulares siempre con el contenido del artículo 82 R.C.E., además del contenido del pliego de condiciones técnicas (art. 66, R.C.E.).

## C) LÍMITES DEL CONTRATO DE CRÉDITO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. CAUTELAS EN LA REDACCION DE LA CLAUSULA

En primer lugar debe tenerse en cuenta que, si es posible, debe explícitamente especificarse la determinación del banco emisor, español (normalmente el Banco Exterior de España), al objeto de evitar la tendencia actual de los países de tecnología avanzada o, lo que es lo mismo, nuestros más frecuentes vendedores o suministradores, a pretender que el banco emisor sea extranjero, así como el confirmante. Incluso, en algún caso, pudieran acudir a preparar el contrato con un clausulado tipo en el que se incluyen todos los detalles sobre el pago por crédito documentario, con determinación del banco de su nacionalidad que lo formalizará y hasta de la sucursal en cuyo domicilio social se efectuarán las operaciones y la presentación de los títulos de tradición en la consecución de los efectos contractuales. Esta postura tiene su motivación en la tradicional tendencia de los países desarrollados a imponer sus condiciones generales en la venta internacional a los países subdesarrollados, señalando los clausulados tipo y cubriéndose de las posibles insolvencias, demoras en el pago o desequilibrios monetarios, mediante la intervención de bancos emisores, o, al menos, confirmantes que garanticen los pagos en tiempo y, desde luego, en moneda fuerte. Esa inercia no encuentra por lo general fronteras y únicamente puede combatirse con posturas lo suficientemente contundentes que pueden *solventar la situación y los efectos económicos gravosos que se deducen de la intervención de bancos extranjeros*. Ocioso es decir que, a veces, la necesidad de adquirir ante un país que en ciertas tecnologías puede ser «monopolista de ofertas» implica que esa contundencia a la que aludimos no pueda ser suficientemente eficaz, por cuanto se considera imposible prescindir de las prestaciones objeto del contrato de que se trata, pero esa posibilidad debe ya tenerse en cuenta cuando se opte por la compra o suministro, a la vista del conjunto de ventajas o inconvenientes que pueden concurrir en relaciones jurídicas de duración y, en ocasiones, las más, de notable incidencia económica.

### 2. PAGOS EN MONEDA EXTRANJERA

Habitualmente los pagos del contrato principal mediante el sistema de crédito documentario se verificarán en moneda extranjera. En tales supuestos hay que distinguir si al contrato celebrado en España, al regirse por la Ley y

R.C.E., le es de aplicación o no el artículo 31 R.C.E. que exige la expresión del precio en moneda nacional y el informe del Banco de España sobre disponibilidad de divisas, salvo cuando los pagos en moneda extranjera estén previstos en los Presupuestos Generales del Estado. Creemos que si el artículo 31, en todos sus puntos, debe aplicarse a este grupo de contratos, que deberán fijar el tipo de cambio o la equivalencia en pesetas, tal como ha expresado repetidamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (12). No será aplicable a estos contratos celebrados y ejecutados en España la cláusula de revisión, toda vez que, como dice el artículo 7º L.C.E. los contratos del Estado exigen *precio cierto*, salvo que, como indica el mismo precepto, se haya promulgado una legislación especial que regula dicha posible revisión, cual es la contenida en el D. 4-2-64 para los contratos de obras, no extensiva por otro lado y muy especialmente a los contratos en moneda extranjera, por cuanto la *estabilización en los valores, que se pretende con las cláusulas de revisión de precios*, va referida lógicamente a la de nuestra moneda sin que pueda asumirse que el Estado español deba sufrir los posibles embates en los tipos de cambio de una moneda extranjera (13). Insistiremos en el tema (*vide* 3.e).

Sin embargo, en los contratos celebrados en el extranjero, con empresa extranjera, la primaria exclusión —sin perjuicio de la deseable aproximación— de la legislación española por la vía del artículo 2º 5 R.C.E., posibilitaría (14), prima facie, la *admisión de cláusulas de revisión* y la posibilidad de soslayar los requisitos del artículo 31 R.C.E. Creemos, no obstante, que, aunque en una interpretación literal, ello es factible, el artículo 31 y sus consiguientes secuelas en materia de revisión de precios es una norma que contiene un principio de «necesidad» en cuanto a los pagos en divisas y de «interés público» en cuanto a la revisión de precios, lo que la convierte en principio de aplicación general en el ámbito de los contratos de la Administración.

Hay una excepción, que es la contenida en el artículo 237.3 R.C.E., que es la referente a los *suministros de fabricación*, de muy difícil distinción con los contratos de obra a los que son afines. En este sentido se ha estudiado (15), en un contrato de fabricación de aeronaves adquiridas por el entonces Ministerio del Aire, pero la Junta devolvió al Departamento sin informar las fór-

(12) Cfr. Dictámenes de la J.C.C.A. 11/70, de 18 de mayo; 20/71, de 23 de julio. Vid. MORENO GIL, cit., págs. 339 y 340.

(13) Cfr. MORENO GIL, cit., Informes J.C.C.A. 20/71, de 23 de julio y 2/72 de 26 de enero, págs. 341 a 343.

(14) Cfr. Informes J.C.C.A. 11/72, de 16 de febrero. MORENO GIL, cit., pág. 345.

(15) Vid. Informes J.C.C.A. 24/70, de 3 de julio. MORENO GIL, cit., pág. 322.

mulas polinómicas propuestas entendiendo que no podían extenderse las normas del contrato de obras al de suministro.

Dictámenes y dudas jurisprudenciales dieron lugar a una reformulación y nueva interpretación del artículo 237 R.C.E., en particular el punto 3 que hace referencia al suministro de elaboración. La inexistencia de una regulación jurídico-privada del contrato de suministro, únicamente objeto de análisis en el marco de las compraventas mercantiles especiales (16), ha sido la causa de que este precepto haya sido objeto de la más amplia controversia.

### 3. ESPECIALIDADES EN LOS EFECTOS DE LA RELACION JURIDICA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

#### a) Derivadas del ámbito del contrato

El contrato de crédito documentario queda fuera del ámbito de aplicación de la L.C.E. (art. 2º), lo que trae como consecuencia que las prerrogativas derivadas del principio de la Administración poder y del contratista colaborador (17), la mutabilidad del contrato administrativo (*ius variandi*) tan discutida doctrinalmente como mantenida en nuestra legislación (18) y la facultad de interpretar el contrato por la propia Administración, ceden paso a la idea de igualdad entre las partes y al criterio de *sumisión del ente público a los clausulados tipos vigentes en el Derecho Bancario internacional, en definitiva a las RR.UU.*, bien entendido que el *ius variandi*, al ejercerse sobre el contrato principal, afectará al de crédito si se alteran cualitativa o cuantitativamente las condiciones de pago, pero normalmente, al existir una utilización discrecional del crédito abierto, el único problema será cuando la modificación lleve consigo la exigencia de una cantidad mayor a la disponible. Como antes vimos, el contrato de crédito no sería administrativo al no encajar en la regla segunda del artículo 4º L.C.E. donde se hace referencia a que los contratos distintos a los anteriores (los de obras, servicios y suministros) tendrán carácter administrativo

(16) Vid., por todos, GARRIGUES, Tratado, III, págs. 416 y sigs.

(17) Vid., por todos, GARRIDO FALLA, Tratado, vol. II., cit., págs. 78 y sigs.

(18) Así, con independencia de las compensaciones, se recoge la prerrogativa en el artículo 74 (L.C.E.) para el contrato de gestión de servicios públicos y con carácter general en el artículo 19 (L.C.E.) si bien en la Ley de Bases ya se establecía el carácter restrictivo de este *ius variandi* que se proyecta de forma más restrictiva para el contrato de obras (art. 48 L.C.E.) y posible «en razón de las necesidades reales del servicio», en el de suministro (art. 93, L.C.E.), si bien generando, en todo caso, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, el deber de compensar económicamente al contratista (SS.T.S. 15-3-78 y 13-4-81, entre otras).

«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». En nuestro caso, la directa vinculación al servicio público no existe, por cuanto sólo es «indirecta» o colateral la que se precisa únicamente para el pago del servicio y, por otro lado, tampoco entra dentro de la expresión «por revestir características... interés público», referida, como ha estudiado la doctrina (19) a distintas variables, pero que, como señalan ENTERRÍA y R. FERNÁNDEZ (20) se dan (las características) cuando el Organismo administrativo que celebra el contrato se mueve dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones, cuyo ejercicio constituye su misión y responsabilidad específicas.

¿Qué especialidades tiene el contenido del contrato, además de las que intrínsecamente se derivan de su naturaleza?

En cuanto al ámbito de aplicación se extiende fundamentalmente a los supuestos previstos en las normas (21) como contratos administrativos causales, en la contratación con extranjeros, si bien el tipo básico será el suministro y el denominado suministro de fabricación previsto en el artículo 239 d), R.C.E., precepto en el que expresamente se hace mención de que los que se «celebren por contratación directa con Empresas extranjeras, se atemperarán a la presente legislación, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional».

Este apartado distingue con claridad la prestación principal, en la que las obligaciones de las partes habrán de «atemperarse» a la Ley y R.C.E. y la posibilidad de que, por vía convencional, las partes pacten de acuerdo con las «normas y usos vigentes en el comercio internacional».

La Junta Consultiva, en informe 2/71 de 12-2-71 (22), ha recogido la admisibilidad de la *fórmula de crédito bancario irrevocable* para los contratos del 239 d), R.C.E., si bien matiza que «no debe ser generalizada a otro tipo de operaciones de contractuales».

¿Qué significa este tipo de restricción? Entendemos que se trata de requerir la llamada especial de las normas (como lo hace el 239 d)) de nuestro derecho interno para acudir a estas reglas comerciales internacionales. Ocu-

(19) Cfr. nota número 67 de este trabajo.

(20) CURSO, cit., pág. 643.

(21) Es decir, será la norma interna española la que deberá prever la aplicación de las RR.UU., con la invocación «normas y usos del comercio internacional». Por lógica se dará esta situación en ventas, suministros, fabricaciones y asistencia técnica.

(22) Vid. MORENO GIL, cit., pág. 1.195, marginal 1.136.

rre —sin embargo— que el supuesto tiende a generalizarse para las ventas, suministros, suministros de fabricación e, incluso, los contratos de asistencia técnica y servicios (regulados en el Decreto 1005/74) con empresas extranjeras, si bien con la directriz de no extensión o no generalización. Creemos que el matiz tuitivo o proteccionista que parece deducirse del tratamiento de la cuestión debe ir desapareciendo, porque el margen que queda cuando la otra parte se niega a someterse a la legislación española, como mejor se cubre, sin duda al menos sustantivamente, es con las fórmulas y cláusulas de las RR.UU.

A idéntica conclusión se llega a la vista de los problemas específicos de la tradicional regla contractual administrativa de pago del precio contra entrega de la mercancía. En estos casos es difícil hacer coincidir los criterios internacionales sobre *momento de la entrega de la cosa* —equivalentes, en gran medida, por otra parte, a los españoles al coincidir con la denominada «puesta a disposición» del comprador, de los artículos 331, 332 y 334 del *C. de c.* mantenidas en las *Reglas de 1980 sobre compraventa internacional y en INCOTERMS*— y del pago del precio, toda vez que este último se verifica contra entrega de documentos o títulos de tradición, partiendo normalmente de la apertura por los compradores de créditos documentarios a favor de los vendedores. Es decir, la práctica totalidad de las ventas internacionales utiliza como presupuesto «comercial» un sistema que, por consiguiente, el legislador español y el intérprete, cada vez más, no debe considerar excepcional o aplicable sólo en situaciones extremas, de emergencia o, como dice la Junta Consultiva, en su dictamen de 13-4-67 (23), en supuestos en que las empresas no acepten, de ningún modo, el compromiso (se hace referencia a la regla de pago contra entrega de la cosa), por cuanto, siendo cierto que el interés público ha de ser protegido en todo caso, no lo es tanto que esa protección no pueda realizarse debidamente con las modalidades de la venta internacional y con los clausulados tipo que la regulan, por cuanto nada impide reservarse facultades de examen y reconocimiento de los objetos adquiridos o fabricados, con independencia de las previsiones de las RR.UU., de por sí amplias y suficientes y, por otro lado, la responsabilidad de los bancos, y el examen de valoración de los títulos de tradición, también impone una especial cobertura de riesgos.

En su consecuencia pensamos que, en cuanto al ámbito de aplicación, esta modalidad de pago, a través de contrato de crédito, debe ser impulsada y no tratada restrictivamente, por imperativo del propio comercio internacional y por las garantías que del mismo se deducen.

(23) Cfr. MORENO GIL., cit., pág. 1.319, marginal 1.221.

b) *El suministro y la comisión mercantil para el pago*

Son ilustrativas una serie de SS.T.S. en relación a un conjunto de contratos celebrados en la década de los años sesenta, por los que la Comisaría de Abastecimientos y Transportes acordó la importación de cereales a través de Sociedades que contrataban con los exportadores. Ello dio lugar a que el T.S. se pronunciara en sucesivas sentencias de fechas 23-12-64, 15-2-65, 12-2-66, 1-12-69, 10-4-72, 29-3-74 y 29-10-75, entre otras (24). De ellas se obtienen varias conclusiones: 1º El T.S. califica en ocasiones el contrato como de suministro entre la Entidad administrativa española y un Organismo oficial australiano, que actúa como vendedor, aunque esté representado por una Compañía intermediaria (S.T.S. de 4-12-69). Sin embargo, hace predominar la calificación de compraventa en otros casos (S.T.S. de 1-12-69) o expresa que «es administrativo» pero de naturaleza mercantil en los efectos (S.T.S. 7-3-70); suministro (S. 15-1-71) y «contrato de importación», cuyas operaciones son constitutivas de «comisión mercantil» (SS. de 17-6-67, 21-2-69, 29-10-75 y 10-4-72). Aún así predomina, sin duda, la calificación de suministro. 2º En estos contratos el vendedor o su representante, que recibía la licencia de importación, procedía a los acuerdos bancarios de financiación y la Comisaría pagaba tras recibir la mercancía y prestar su conformidad a las mercancías y a la liquidación prestada. 3º A todo ello se añadiría la factura comercial; las actas de entrega en puertos, las actas de reconocimiento del Comisariado español marítimo (en representación del comprador) y el certificado bancario acreditativo del cambio a que se adquirieron las divisas y del importe de los gastos bancarios y de disposición de los créditos.

Pues bien, en una de las declaraciones del que pudiéramos denominar intermediario, para otorgarle el montante indemnizatorio, el T.S. (S. de 19-2-75) razona que «hubiera debido probar que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, había asumido efectivamente la financiación de la compra realizada por la Comisaría, obteniendo un crédito documentario en el momento de retirar el conocimiento de embarque como título representativo de la propiedad de las mercancías, mediante una apertura de crédito bancario correctamente conectada a la financiación de aquel crédito documentario...», todo ello siguiendo en este punto el dictamen del Consejo de Estado.

Es decir, *el T.S. califica estas relaciones de formas dispares*, aún partiendo de situarlas *en el eje del suministro*. Sin embargo, tanto el Tribunal como el Consejo de Estado, al contemplar las relaciones propias del intermediario o co-

(24) Cfr. MORENO GIL, cit., págs. 1.164 y sigs.

misionista, tal como se le denomina en ocasiones, expresan que la prueba de sus posibles detrimentos patrimoniales estará en la documentación bancaria acreditativa de la formalización de una apertura de crédito documentario y ello lo realizan el Alto Tribunal y el Consejo en las más recientes de sus sentencias y dictámenes, de entre las citadas.

A nuestro juicio, por otra parte, al margen del *explicito reconocimiento del sistema de créditos documentarios en este tipo de contratos*, debe señalarse que, aunque no quede claramente determinado, en las relaciones jurídicas descritas hay una doble contratación, la realizada —suministro a través del comisionista— entre la Comisaría y el importador o, en su caso, representante del país exportador, y las relaciones bancarias y de financiación que, en estos casos, realiza el comisionista pero que, cuando no exista, llevará a cabo la propia Administración, al margen del contrato principal de suministro. Y en esas relaciones se aplicarán los principios de celeridad y eficacia del tráfico comercial y los preceptos estudiados, con preferencia para las RR.UU. En este caso ya no habrá un comisionista mercantil «que compre por cuenta del Organismo administrativo», sino que éste contratará —en comisión— al banco emisor la realización de los pagos y el reconocimiento de los títulos de tradición.

### c) *La mora en el pago y la recepción de la cosa suministrada*

La entrega, dice el artículo 262 R.C.E., «se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración, de acuerdo con las condiciones del contrato...».

Aunque entramos en efectos posteriores a la perfección del contrato y nuestro estudio va dirigido a la primera fase, es preciso analizar estos puntos por su relación con la «*mora creditoria*». La recepción de la cosa parece pensar en un momento posterior al de la puesta a disposición, pero ello será «de acuerdo con las condiciones del contrato», que, en su caso, habrá preconizado el sistema de pagos por crédito documentario, contra la entrega de los títulos representativos de las mercancías.

A partir de esa entrega (real o instrumental, entendemos) comenzará la obligación de pago del precio, dando lugar a mora culposa el retraso en dicho pago. La S.T.S. de 15-1-71 establece que este retraso incluirá «los gastos bancarios por los créditos subsistentes durante la mora padecida, pues éstos y no otros son los daños aquí ya previstos» a tenor de cuanto establece el artículo 1107 del C.c. que regula los que son de cargo del deudor en el supuesto admitido de su buena fe en el retraso, incluidos los intereses.

«Sensu contrario», al retraso en la entrega dará lugar a las penalidades por incumplimiento de plazos o cláusulas penales establecidas.

#### d) *Incidencia de la normativa comunitaria*

El R.D. 931/86, de 2 de mayo, ya citado anteriormente, modificó la L.C.E. y el R.D. 2528/86, de 28-11, el R.C.E., para adaptar nuestra normativa a las directivas de la C.E.E. En base a estas disposiciones, los procedimientos básicos de contratación siguen siendo el abierto y el restringido (con selección previa de contratistas por la Administración), pero cuando hayan de seguirse las *directivas comunitarias* (25) (contratos de más de un millón de ECUS en obras y 140.000 ECUS en suministros arts. 93, 94, 110 y 238, R.C.E.) habrán de publicarse los anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y, en el caso de que se adopte el sistema de procedimiento restringido, solamente aquellos contratistas que la Administración selecciona (art. 94.3 y 4º R.C.E.), podrán presentar las ofertas y garantías o fianzas requeridas. Este sistema, que se da entonces para los casos en que sea vinculante seguir las directivas comunitarias, es distinto del de «admisión previa» que se trata en el artículo 110. R.C.E., en el que la Administración, con anterioridad a la consideración de las proposiciones de los empresarios, excluye a aquellos que no cumplan los requisitos previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

La diferencia esencial entre ambos procedimientos consiste en que, en el de admisión previa, los contratistas aportan la totalidad de la documentación para la participación en la fase de adjudicación, mientras que, en el caso de procedimiento restringido, las solicitudes de participación (art. 94.2, R.C.E.) irán acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario, la clasificación y el cumplimiento de las condiciones de solvencia financiera, económica y técnica, pero no cuantas se refieran a la oferta (26).

Otra cuestión afectada por nuestro ingreso en la C.E.E., en relación a la materia objeto de este trabajo, es que, en los suministros, a partir del 1-1-86, la subasta vuelve a figurar como sistema ordinario de contratación al lado del concurso, si bien con preferencia normalmente del segundo, toda vez que la ventaja de la subasta, en su caso, va referida únicamente a la consecución de

(25) En cuantías comprendidas entre 500.000 y 1.000.000 de ECUS en obras y 100.000 y 140.000 ECUS en suministros, la publicación en el D.O.C.E. es facultativa. Además quedan excluidas de la necesidad de publicación las obras enumeradas en el artículo 93 terc.

(26) Cfr. MIRANDA GONZÁLEZ: *La contratación del Estado*. Afarmade, Madrid, 1987, pág. 40.

un precio más bajo, pero sin poder matizar con precisión el cumplimiento de calidades y otros extremos.

e) *La revisión de precios en la contratación con empresas extranjeras*

Hablábamos anteriormente del artículo 31. R.C.E., en lo referente a los pagos en moneda extranjera, comprobando como la *ratio legis* del precepto estriba en evitar, a toda costa, la mutabilidad del precio, que puede ser tanto más alterada cuando se prevé un pago en divisas, debiendo los Organos de contratación evitar tales posibles consecuencias proponiendo el precio en pesetas y aceptando únicamente, en su caso, el pago en moneda extranjera al cambio en pesetas de la fecha.

Pues bien, la revisión de precios contemplada como excepcional en el artículo 12. L.C.E., como pone de manifiesto la doctrina (27), y la jurisprudencia, supone un forma de alteración del requisito del «precio cierto», aplicable a los contratos de obras y a los suministros de fabricación del artículo 237. R.C.E., en relación con el artículo 83. L.C.E., es acogida en nuestro derecho con carácter circunstancial y transitorio.

El Decreto 3650/70 de 19 de diciembre estableció fórmulas polinómicas tipo derogando las aprobadas sucesivamente en numerosas disposiciones dictadas para su aplicación en distintos Departamentos (desde el D. 222/64 de 8 de febrero, de Obras Públicas, hasta el D. 588/70, de 26 de febrero, del entonces Ministerio del Aire). El cuadro de fórmulas se completa con el Decreto 461/71, de 11 de marzo, que a su vez desarrolla del D.L. 2/64, de 4 de febrero, sobre inclusión de cláusulas de revisión; el R.D. 1881/84, de 30 de agosto, de medidas complementarias sobre revisión de precios y la O.M. de 5-12-84, que desarrolla el anterior.

Pues bien, ¿es aplicable la revisión de precios a los contratos de duración (obras o suministros de fabricación) que se realicen con empresas extranjeras?

Miranda (28) sostiene que «han de ser sometidas a la aprobación de la mencionada Junta (se refiere a la Junta Consultiva de Constratación Administra-

(27) Así MORENO GIL. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Madrid, 1989, pág. 113, señala esta excepcionalidad de la normativa revisora. GARRIDO FALLA (Tratado II, cit., pág. 88) afirma que «de no haberse dictado las adecuadas disposiciones legislativas, las dificultades para que esta teoría se hubiese abierto paso jurisprudencialmente hubiesen sido insuperables». En cierto modo, el legislador ha ido favoreciendo la excepcionalidad.

Añade GARRIDO (cit., pág. 89) que tanto el T.S. como el Consejo de Estado fueron siempre reacios a la admisibilidad a la luz de su precedente regulación en la Ley de 17-7-45).

(28) MIRANDA GONZÁLEZ, cit., pág. 100.

tiva) las fórmulas polinómicas de revisión de previos, en contratos de fabricación de material de guerra con empresas extranjeras, en los que intervengan factores económicos diferentes de los contenidos en la legislación española sobre revisión de precios».

A nuestro juicio con tal cautela y aún no existiendo prohibición disposición legal contraria al respecto, debe restringirse la admisibilidad de la revisión en tales casos de contratos con empresa extranjera, salvo que el contrato esté en todo caso adjudicado en pesetas y las fórmulas de revisión sean exclusivamente las del D. 3650/70, con denominación específica española de materiales y aplicación en todo caso de la legislación y jurisdicción española en las cuestiones que pudieran derivar de la revisión.

Aún así resulta difícil coordinar las características de transitoriedad y excepcionalidad (cada vez menos sustentadas, ciertamente) de las revisiones de precios con la contratación con empresa extranjera. De ahí que la interpretación y admisibilidad de las fórmulas debe ser verificada restrictivamente, aunque desde luego, en el marco comunitario, el criterio de equivalencia de trabajo y reciprocidad ha de forzar una lógica tendencia a la inclusión.

## II) EL R.D. 1120/77 DE 3-5-77. Y LA O.M. DE 16-6-78., SOBRE CONTRATACIÓN DE MATERIAL MILITAR EN EL EXTRANJERO

### A) CARACTERÍSTICAS GENERALES

El material militar moderno, sujeto en muchos casos a una fabricación de alta tecnología, sólo reúne garantías y eficacia en ocasiones cuando se realiza total o parcialmente en países desarrollados muy especializados. Las características de estas adquisiciones, entre las que suele concurrir la necesidad de procurar el *entrenamiento del personal técnico* que haya de usarlo y la previsión de un *constante mantenimiento*, además del bagage imprescindible de un stock de repuestos, justificó el nacimiento de disposiciones especiales para la regulación de estos contratos, centradas en el R.D. 1120/77, de 30 de mayo y la O.M. de 16-6-78.

Ya en el Preámbulo del R.D. se pone de manifiesto que la regulación se promulga «sin merma de las garantías que la realización del gasto público merece, proporcionando al mismo tiempo la agilidad y eficacia que exigen las atenciones de la Defensa Nacional». Tanto en esa expresión, como en el contenido de los artículos 1º y 2º del R.D., se deducen las siguientes características de estos contratos:

1º Su ámbito de aplicación es exclusivamente la adquisición de material militar a empresas extranjeras.

2º Dentro de esta delimitación se *incluye la adquisición* (compraventa) y suministros de armamento; la *conservación y reparación* de material y *la de instalaciones* (con posible inclusión de «construcciones», a nuestro juicio, que tengan la naturaleza jurídica de arrendamiento de obra) la *prestación de servicios* (si bien tales servicios habrán de referirse exclusivamente a los precisos para el mantenimiento o atención del material militar, sin extensión a otros ámbitos) y la *asistencia técnica* (expresión que habrá que interpretar con las mismas restricciones objetivas que los servicios y, en todo caso, en el marco conceptual que, para la misma, señala el D. 1005/74, de 4 de abril, que regula la contratación con empresas consultoras y de servicios. También podrán contratarse respuestos y reparación de material).

3º La *tramitación* se efectuará por los Organos centrales del Ministerio de Defensa o por las Jefaturas de Estado Mayor del Ejército, de la Armada y del Aire en el ámbito de las respectivas facultades, que tengan delegadas del titular del Departamento. (art. 1º, O.M. de 16-6-78).

4º El contenido de los contratos se comunicará a los Departamentos de Asuntos Exteriores y Comercio. (art. 2º R.D.) (29).

5º Se adjudicarán por contratación directa y serán considerados urgentes sin previa declaración ministerial.

6º Las normas o condiciones de venta del Gobierno o de la empresa extranjera serán objeto de traducción autorizada e informadas por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa o del Estado, según proceda por la cuantía y el Organismo al que corresponda la aprobación.

7º Los sistemas de pago acogen el de créditos documentarios (ésta característica y la siguiente, la desarrollaremos específicamente a continuación).

8º Los contratos se rigen por la legislación de contratos del Estado, si bien las partes pueden convenir la aplicación de las normas y usos vigentes del comercio internacional.

## B) APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APERTURA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS PARA ESTOS CONTRATOS

El sistema está previsto en el artículo 7º.2 del Real Decreto 1120/77 (30)

(29) Hoy «Economía y Hacienda».

(30) Artículo 7º.2: «Cuando las adquisiciones en el exterior exijan la apertura de créditos documentarios, los Ministerios (hoy Ministerio de Defensa) u Organismos interesados ingresarán directamente en el Banco de España el contravalor de las divisas a que hayan de referirse los citados créditos. El Banco de España, en base a estos depósitos, avalará, a petición de la banca privada, a través de la cual se abran los créditos documentarios, el pago de las divisas objeto de los mismos.»

al que hay que añadir el artículo 11 del propio Real Decreto (31) desarrollado por la norma novena de la O.M. de 16-6-78 (32).

Analicemos el precepto fundamental en la materia (art. 7.2). En primer lugar comienza con una afirmación de absoluta admisión del sistema, pero condicionada al hecho de que *las adquisiciones en el exterior «exijan» la apertura de créditos documentarios*. Esta exigencia ¿de qué deriva?: Existen tres alternativas: a) De la naturaleza o carácter del contrato; b) De haberse establecido por el vendedor tal requisito o forma de pago como condición o presupuesto para la celebración del contrato, y c) Que el adquirente o comprador (la Administración española, normalmente) sea el que haya precisado la necesidad del sistema de pago.

Normalmente, el contrato origen o causal de compraventa o suministro, no integrará en sí mismo, por su naturaleza o carácter, la necesidad de utilizar el sistema de créditos documentarios; otra cosa es su normal utilización en tales casos, la existencia del uso del comercio o la conveniencia, incluso, para las partes de aplicar la fórmula como la más conveniente al caso. Esta última consideración podría darse en múltiples supuestos en este tipo de comercio, pero probablemente será la segunda causa (propuesta e incluso exigencia del suministrador) la que concurra, toda vez que, como en varias ocasiones hemos puesto de manifiesto, la apertura de créditos documentarios fundamentalmente facilita los intereses de los vendedores al garantizar más plenamente la seguridad del pago por los compradores.

Del precepto se deduce asimismo otra conclusión y es la de que, cuando las adquisiciones «exijan» la apertura de créditos documentarios, esta se producirá. Aquí hay que matizar la expresión. No siempre que las adquisiciones se produzcan se aplicará el sistema. Creemos que el término «exijan» es de algún modo polivalente y puede acoger en su seno las tres modalidades que antes contemplábamos, incluyendo la especialidad del tipo de contrato y la

(31) Artículo 11.1, R.D.: «Los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente y por lo dispuesto en el presente Decreto, sin perjuicio de lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.»

(32) Regla 9ª de la Orden de 16-6-78 (BOE núm. 154, de 29-6).

«Los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente en materia de contratación general del Estado.»

«Cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional y por el R.D. 1120/77 y presente Orden, previa resolución fundada del órgano de contratación.»

conveniencia de la Administración en utilizar la fórmula. En definitiva, lo que se otorga es una *utilización discrecional de la apertura de créditos documentarios*, que en ocasiones podrá ser consecuencia de las exigencias del país vendedor en ese sentido.

Aquí, en este punto, sería conveniente recordar algunas de las reflexiones que hemos planteado anteriormente. La admisión de la forma de contratación no tiene que implicar la cesión en ningún sentido en el desarrollo del clausulado y efectos, de la relación jurídica, en la designación de los Bancos, en la determinación de los plazos, en las modalidades de entrega, en las precisiones relativas a los *títulos de tradición*, en la *periodicidad de los pagos*, *divisas*, *tipo de cambio* y *demás cuestiones* que, aunque sujetas a formularios tipo, en gran medida pueden ofrecer variaciones y matices que es preciso vigilar y ponderar en la medida que mejor queden protegidos nuestros intereses.

Veamos ahora cómo se desarrolla el procedimiento de la apertura, en orden a las *relaciones Banco de España-Banca privada*. Los pasos señalados en el propio artículo 7º.2 son los siguientes: a) Ingreso de la cantidad en pesetas por parte del Ministerio de Defensa en el Banco de España. b) Aval (33) del Banco de España por el importe del contravalor en la divisa exigida equivalente a aquella cantidad. c) Apertura del crédito por el Banco privado.

A su vez, el artículo 8º, aunque sin referencia específica a la utilización de créditos documentarios, estudia la fórmula para garantizar lo que denomina «comprobación material de la inversión» a efectuar en el lugar «donde se efectúe la transferencia de la propiedad y entrega de material», sin perjuicio del examen y prueba posterior de las mercancías. No existe, como puede observarse, una *referencia a los títulos de tradición y a la normal «traditio» instrumental que se dará en el caso de aplicación de los créditos documentarios*. Evidentemente, cuanto se refiere a estos aspectos cae dentro de la regulación del contrato de crédito, paralelo al de suministro y encuadrado en el marco de las RR.UU.

En esta misma línea hay que interpretar el artículo 11.2 del propio R.D., cuando hace referencia a los casos de celebración en el extranjero de contratos entre la Administración militar y una empresa privada extranjera, que se regirán, sin perjuicio de lo que las partes convengan, «de acuerdo con las normas y casos vigentes en el comercio internacional», puerta abierta, con la ne-

(33) El término aval («avalara») no debe tomarse en sentido estricto a nuestro juicio. Significa no una intervención directa del Banco de España en la relación jurídica, sino únicamente la autorización garantizadora de éste para el pago de las divisas. Es más una actuación del Banco de España, como coordinador de pagos internacionales en su condición de rector de la política monetaria, que una participación ni aún siquiera indirecta en el contrato.

cesaria y comprensiva amplitud, a la acogida, no sólo de las RR.UU., sino a la totalidad de las vigentes en relación a la compraventa internacional.

La *O.M. de 16-6-78*, en su regla 9ª ha matizado esta aplicabilidad al procurarla: «cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y casos vigentes del comercio internacional». Y cabe preguntarse cuáles son las especiales razones que propiciarán la aplicación de la normativa internacional. Volvemos al análisis precedente. Sólo pueden estar originadas por las características del contrato y nacionalidad de las partes, con la importancia consiguiente de la distancia entre el país origen o de embarque y el nuestro, así como las derivadas de las exigencias del vendedor, tal vez indirectamente aludidas, como veíamos, en el R. D., y, por último, el propio interés de la Administración española en utilizar el sistema.

En realidad la especialidad, pensamos, no supone ninguna excepcionalidad sino que traerá consigo que, normalmente, se aplique el sistema, toda vez que, para tal efecto, sólo será precisa la resolución fundada del Organo de contratación. Ello, creemos, no debe hacernos desembocar en el escepticismo ante dicha situación, que, al contrario, ha de encararse con la precisión y diligencia que su aplicación generalizada exige, tratando en todo momento de proteger el interés nacional en la determinación de las entidades bancarias, ajuste de las comisiones, responsabilidad de los bancos, en el examen y admisibilidad de los títulos, garantías de entrega y cualesquiera otras, con amparo en los moldes reguladores de las RR.UU. y haciendo factible una negociación provechosa en el seno de ellas.

### III. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### A) LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

La institución arbitral, con origen en la cláusula compromisoria y, en cierta manera, en el propio contrato de transacción, es tal vez tan antigua como el Derecho mismo, si bien es en este siglo y en los últimos tiempos cuando las exigencias de agilidad, rapidez y economía de medios en la resolución de las controversias, unida al hecho de la lentitud en la tramitación jurisdiccional, han motivado un auge desproporcionado, del alcance imprevisible, de la resolución arbitral de los conflictos, sobre todo en el marco del derecho comercial y, muy en particular, en el Derecho Mercantil Internacional.

En el Derecho español, la Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un notable avance en el ámbito del Derecho privado y Civil, en particular. Sin em-

bargo, ni estaba concebida ni servía para la resolución de los contratos mercantiles, ni siquiera a nivel interno.

La nueva Ley, de 5 de diciembre de 1988, trata de cubrir este frente y surge con un ánimo de utilización generalizada en todos los aspectos citados, conteniendo, incluso, en su Título X, normas de Derecho Internacional Privado. Pretende (34) una reforma en profundidad que consiga eliminar los conflictos de tráfico en masa en el ámbito jurídico y, sobre todo, comercial, así como reducir la sobrecarga a que se encuentran sometidos los Tribunales. Por otro lado, en su artículo 10, promueve la posibilidad de que intervengan corporaciones de derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en la designación de árbitros y en la propia organización del arbitraje (35), pensando muy en particular en las Cámaras de Comercio.

En este sentido, la Corte Española de Arbitraje ha comenzado su funcionamiento y ha elaborado una cláusula-tipo amparada lógicamente en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional).

Dicha cláusula dice así:

«Todo litigio derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato se resolverá definitivamente mediante arbitraje de uno o más árbitros en el marco de la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.»

(34) La Ley española es el fruto de una larga evolución. Tras la Ley de 22 de diciembre de 1953 que, desde luego, no contribuyó en ninguna medida a la regulación del Derecho mercantil internacional en la materia, España ratificó la Convención de Ginebra de 1961 y la de Nueva York de 1958, por este orden cronológico. A continuación, una nutrida jurisprudencia interna e internacional puso de manifiesto las limitaciones de aquella Ley y la sumisión al orden público internacional. La creación y desarrollo de la Corte Española de Arbitraje, mediante el Real Decreto de 22 de mayo de 1981, que habilitó al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Turismo y Navegación para crear el oportuno servicio de arbitraje, promovió el definitivo impulso de la nueva manifestación y moderna tramitación y solución de los litigios en el marco de lo que se ha denominado la nueva *lex mercatoria*.

(35) Como hemos destacado en la nota anterior, la Corte Española de Arbitraje es, tal vez, el punto de mira del artículo 10. En el artículo 2º del citado Real Decreto 1094/1981, se señala que el arbitraje comercial internacional se aplicará en los «compromisos de arbitraje que hayan sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados». Claramente se observa una delimitación iusprivatista y al margen de las personas jurídico públicas en la descripción, pero ello no debe excluir el análisis que estamos verificando, por cuanto dichas personas también actúan en el ámbito comercial internacional en idéntica o similar situación mercantil a las privadas.

Como puede observarse, la orientación normativa va dirigida hacia el Derecho privado, Civil y Mercantil. El contenido de este trabajo parte de ese estado de cosas y pretende, de una parte, analizar la aplicación y utilización de cláusulas arbitrales en el seno del Derecho Público y Administrativo, distinguiendo cuando el ente ha de actuar como tal o cuando realiza un contrato privado regido por las normas mercantiles en parte e, incluso, en su caso, la existencia de situaciones mixtas.

Es por ello que, en primer lugar, abordaremos un breve panorama del arbitraje comercial internacional y, a continuación, nos plantearemos el problema con la presencia de un ente público.

## B) EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Aunque existan multitud de antecedentes, debemos decir que la culminación de la regulación se concreta en el ya citado Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, elaborado de una forma meticulosa y concluido en octubre de 1982. En relación a los principios que le rigen y conforme a su antecedente, que es el elaborado en 1947 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, rectificado en 1953, surgieron determinadas normas sobre la materia (36).

Por otro lado se ha aplicado, ya más cerca de nuestro estudio, el arbitraje a los contratos de cooperación internacional y, en definitiva, puede darse por válida la clasificación realizada por BARRIOS DE ANGELIS (37) cuando dice que los campos más fácilmente perceptibles del arbitraje internacional son los siguientes:

- a) El del Derecho Público entre Estados por problemas de Derecho Internacional Público (cuestiones sobre límites, problemas de aprovechamiento de recursos, cuestiones de soberanía, etc.).

(36) Fundamentalmente, las etapas principales son el Convenio de Nueva York de 1958, la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional en el año 1975, la Convención y los trabajos para la Unificación Internacional del Derecho Privado, realizados por el Instituto Internacional de Niza en 1953, los Congresos Internacionales de Arbitraje, hasta el de Hamburgo de 1982 y las leyes internas que, en Europa, entre otras, han sido las siguientes: Francia (14 de mayo de 1980 y 12 de mayo de 1981), Italia (6 de febrero de 1983), Reino Unido (Ley de 4 de abril de 1979), Yugoslavia (Ley de 16 de julio de 1972), Suiza (Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1982). Incluso existe una aplicación de los principios arbitrales en el marco del COMECON, sobre todo desde 1949, habiendo ratificado la Unión Soviética las Convenciones de Nueva York y Ginebra y consagrado sus criterios en la Convención de Moscú de 29 de mayo de 1972. (En este sentido DOMINIQUE HASCHER, «Actualité de l'arbitrage International en URSS», Revista del Comité Français de l'Arbitrage 1988.)

(37) BARRIOS DE ANGELIS: «Naturaleza jurídica del arbitraje privado», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, págs. 53 y sigs.).

- b) El del Derecho privado (controversias entre particulares cuando existe un ámbito internacional, contratación en general, suministros y transportes internacionales, concurso y quiebra a dicho nivel, etc.).
- c) El de la contratación internacional de Derecho Público entre Estados o entre particulares y Organismos estatales.

Este último aspecto, evidentemente controvertido y cuestionable, al menos en su enfoque, que trata de dar una solución única, habida cuenta de que no limitará su naturaleza privada y pública, es el que vamos a desarrollar a continuación.

### C) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En primer lugar debe señalarse que, si bien la nueva Ley 36/1988, de 5 de diciembre, a diferencia de la precitada de 22 de diciembre de 1953, no hace exclusiones en su Título, al referirse al arbitraje y no al «arbitraje de derecho privado», no cabe duda de que la principal razón de ser del sistema arbitral se encuentre en el campo del Derecho privado e, incluso, muy especialmente, en el Derecho privado mercantil. Sin embargo, como ya hemos expuesto, la tendencia es abierta a la aceptación del sistema.

Como requisitos, nos encontramos, en una primera visión, con la necesidad de que haya Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, exigencias éstas que derivan del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria aprobada por Real Decreto legislativo de 23 de septiembre de 1988, que recoge el mismo criterio de su antecesora, de fecha 4 de enero de 1977.

Pasemos a analizar el citado artículo 39 con las consideraciones doctrinales, de Derecho comparado, del Consejo de Estado y de la Junta consultiva de contratación administrativa.

CREMADES (38) considera que las limitaciones del derecho español para que las administraciones públicas puedan someterse a arbitraje son claras, al quedar condicionada su validez a los requisitos de la Ley General Presupuestaria. Sin embargo debe analizarse en particular la proyección de esas limitaciones en el arbitraje comercial internacional, en razón a la sumisión de

(38) Considera dicho autor que es muy de tener en cuenta que España ha hecho ley interna del precepto contenido en el artículo 2º del Convenio Europeo de Arbitraje de 21 de abril de 1961, en virtud del cual las personas morales del derecho público están facultadas para concertar válidamente compromisos o acuerdos arbitrales para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional. (BERNARDO MARÍA CREMADES: *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977), también en «Evolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage», *Revista del Comité Francés de Arbitraje*, 1988.

nuestro país a los Tratados internacionales sobre la materia, que son hoy ley interna y, entre ellas, al Convenio Europeo de Arbitraje de 21 de abril de 1967 y a la Convención de Nueva York de 1958, además de las Convenciones ratificadas por España como la hispano-suiza de 1896 y la hispano-francesa del 28 de mayo de 1969. En este orden, las cláusulas conformes al Convenio europeo que consten en la contratación pública serían válidas, pero, como señala el propio CREMADES, «ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el funcionario que hubiera autorizado tales normas arbitrales de contratación en las normas internas españolas» (39). El mismo autor hace excepción de los expresados requisitos para el caso de que quien contrate sea una Empresa en la que la Administración pública sea la titular exclusiva o notoriamente mayoritaria del capital social.

ARIÑO (40), por su parte, señala cómo sería deseable la introducción del sistema arbitral en contratación administrativa, si bien enfoca la cuestión desde el punto de vista de los administrados, es decir, en orden a la consecución de unas mayores garantías que agilicen el procedimiento a la hora de dirimir controversias derivadas de las relaciones jurídicas en este tipo de contratos. En este orden, en ocasiones, se ha propuesto que tenga facultades consultivas, interpretativas y arbitrales un Órgano de nueva creación. En cualquier caso, estas cuestiones no dirimen nuestros problemas, relativos a la prohibición de transigir en contiendas cuando los derechos del Estado sean afectados. En apreciaciones distintas a las expresadas encontramos los análisis de MIRANDA GONZÁLEZ (41) y la generalidad de la mejor doctrina administrativa española (42).

(39) CREMADES cit., pág. 116.

(40) A juicio de ARIÑO, en España sería muy deseable la creación de un órgano imparcial técnico, al mismo tiempo capaz de resolver en derecho, que daría inmediata solución a los problemas con carácter ejecutivo vinculante para ambas partes, sin perjuicio de su posible posterior impugnación ante los Tribunales para resolver cuestiones estrictamente jurídicas, señalando que podría ser la Junta Consultiva de Contratación o un órgano similar. Comenta también que la rigidez del negocio jurídico público, significada en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria viene de antiguo y se hace precisa la instauración por ley y con carácter general de «un nuevo tipo de arbitraje administrativo». (GASPAR ARIÑO: *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid, 1984, págs. 167 y sigs.).

(41) Aunque no aborda extensamente el tema, el General Auditor MIRANDA GONZÁLEZ pone de manifiesto la necesidad de que las normas vigentes en el comercio internacional rompan con la rígida normativa y formalismo imperante en la contratación (MIRANDA GONZÁLEZ: *La Contratación del Estado*, cit., Madrid, 1987, pág. 102).

(42) No es el momento de hacer una enumeración de la doctrina administrativa en este punto. Tal vez, por tanto y por no hacer una consideración nominal poco útil, puede verse, por todos: VILLAR PALASÍ: *Principios de Derecho Administrativo*, tomo III, *Contratación administrativa*, págs. 44 y sigs. y, sobre todo, CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1978).

CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHÁN profundizan en la materia, explicando que la presunta incapacidad del Estado para transigir se articula más por razón de la materia que por razón de la persona, al no ser susceptibles de arbitraje las cuestiones derivadas del ejercicio del poder público, tales como la gestión de servicios, el dominio público, etc. Así se señala en el artículo 6º de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, sustituida por las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias, y así lo encontramos también en la prohibición de transacciones del artículo 40 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Sin embargo, y volviendo al artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, cabría analizar si en el concepto de Hacienda Pública de referencia cabe toda la actividad patrimonial del Estado o no está estrictamente pensando sino en las potestades tributarias. Aun así, la interpretación siempre ha sido dirigida a excluir al arbitraje, si no se cumplen los requisitos formales del propio precepto.

No obstante, entendemos que, en la actualidad, ello nos lleva a una inaplicabilidad, en razón a la necesaria rapidez, en cierta manera incompatible con el cumplimiento de los trámites formales, de las normas de arbitraje en situaciones en las que los Estados actúan en relaciones estrictamente comerciales, en cierto modo, al margen del Derecho público, como gestiones realmente privadas y mercantiles. En este sentido, por esta vía, debe interpretarse la posibilidad de su generosa admisión, si bien lo que se propone, al menos en una primera fase, para cumplimentar el artículo 39, es que se reúna y conjugue la doctrina del Consejo de Estado, sobre determinados contratos administrativos base, en relación a objetos tipo de clausulado uniforme y con, a su vez, sumisión al Tribunal de Arbitraje o Corte de Arbitraje de un determinado país. Pues bien, en tal supuesto, al haber intervenido el Consejo de Estado y existir identidad de razón, se podría contratar con la misma forma y requisitos, con las atribuciones de ejecución, para los Organos correspondientes de la Administración, según las cuantías, configurando, en definitiva, un clausulado tipo que podría servir como modelo en cada bloque obligacional, clasificado por «objetos o servicios módulo», que se adquieren.

En tal situación, aunque si no se determina expresamente por el Alto Organismo consultivo, deberían seguir enviándose los contratos, no cabe duda de que, con la especificación de la analogía con supuestos precedentes, la agilización quedaría garantizada y, a su vez, habría constancia precisa de la interpretación sobre la materia del Consejo de Estado, en forma clasificada para cada modalidad arbitral.

En fecha 10 de julio de 1986 se pronunció el citado Alto Organismo, determinando la admisibilidad de la cláusula en una cuestión sobre adquisición de aeronaves, estableciendo, desde el punto de vista formal, que, en casos de urgencia, la consulta podría ser despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen de éste. A la vista de dicho informe cabría, en unión de otros, ir estableciendo criterios, si bien no es sencillo, por cuando, por ejemplo, en dicho caso existían una serie de singularidades en cuanto al sistema arbitral y al tipo de adquisición.

#### D) POSTURA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En fecha 28 de enero de 1982, la Junta Consultiva formuló el informe 104/81, sobre la materia, cuyas conclusiones, brevemente esbozadas, son las siguientes:

- a) En los contratos administrativos que se celebren con sometimiento al derecho interno español, cualquiera que sea el Organismo de contratación de la Administración y la nacionalidad del contratista, la inclusión de cláusulas o celebración de contratos de arbitraje precisa acuerdo adoptado por Decreto del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado en pleno. El régimen jurídico propio del arbitraje, a falta de disposición que lo regule, podrá fijarse para cada caso.
- b) En los contratos que se celebren y se ejecuten en el extranjero, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2º.7 de la Ley de Contratos del Estado, del Decreto de 25 de noviembre de 1965 y del Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, para contratación militar, cabe la inclusión de cláusulas de arbitraje sin necesidad de las formalidades dispuestas, en cuanto que su régimen jurídico está sometido a la legislación del territorio donde dichos contratos tengan lugar (salvo que se trate de un contrato autónomo de arbitraje).
- c) En el supuesto específico del artículo 239 d), del Reglamento General de contratación, la inclusión de la cláusula arbitral precisa cumplir los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria.

Se observa claramente que para la Junta Consultiva la única excepción a la exigencia de los requisitos del artículo 39 se encuentra en los supuestos de aplicación de la legislación extranjera, derivados de los contratos celebrados y ejecutados fuera de España. Esa posibilidad, que ha sido utilizada en algu-

na ocasión, no es desde ningún punto de vista deseable para el respeto a los intereses nacionales, habida cuenta de que, en la mayoría de los supuestos, España es el país comprador y la legislación de los países habitualmente vendedores tiende, en la compraventa internacional, a favorecer —a grandes rasgos— la postura de los vendedores en los casos habituales de discrepancia en la compraventa mercantil.

\* En fase de corrección de pruebas de este trabajo, se ha recibido en las distintas Secretarías Técnicas de los Departamentos ministeriales el Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sirvan estas breves líneas para puntualizar, siquiera sea telegráficamente, algunos apartados del estudio, afectados por la citada *“lege ferenda”*.

1.º El anteproyecto, de forma acorde con el artículo 149.1.18 C.E., nace con pretensión unificadora de la materia en las Administraciones Públicas, así como para la adaptación a distintas directivas de la C.E.E., sobre tal cuestión. De otra parte, integra gran parte de preceptos del R.C.E. y los contratos actualmente desgajados de asistencia y servicios (D 1005/74) y de trabajos no habituales (D 1465/85).

2.º Por otro lado, entrando en las materias objeto de nuestro trabajo, se deroga el D.L. 2/64, de 4-02-64, sobre revisión de precios, aunque subsiste con carácter reglamentario y se incluyen en el Anteproyecto los principios básicos en la materia. También debe entenderse afectado el D 1120/77, de contratación militar en el extranjero, que, en principio, parece que pudiera entenderse integrado en el Anteproyecto (artículo 109 de la edición manejada), haciéndose mención en él de que *«se procurarán incluir estipulaciones tendientes a preservar los intereses de la Administración»* y admitiendo *«fórmulas sencillas de arbitraje»*, pudiéndose *«transigir, previa autorización, en todo caso, del Consejo de Ministros»*.

3.º No se observan alusiones a los usos y reglas del comercio internacional que, no obstante, hay que dar por sobrentendidos, mucho más en el marco comunitario. Siguiendo, por otro lado, un planteamiento, tal vez más abierto y tolerante en materia de arbitraje.

4.º En consecuencia, salvadas las posibles vigencias formales normativas, entendemos que los problemas que hemos planteado, tanto en materia de pagos en general como en lo referente a créditos documentarios y arbitrajes, siguen candentes y con presencia obvia, como no podía por menos de ocurrir, al tratarse en definitiva de aplicación de normas y criterios comerciales en el ámbito internacional a los que las personas jurídicas públicas no pueden sustraerse, en gran medida, en el marco general del tráfico empresarial.

## **2. NOTAS**

## ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY ORGÁNICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR

Antonio MILLÁN GARRIDO  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz*

### SUMARIO

I. ANTECEDENTES. II. TRAMITACION PARLAMENTARIA. III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO. IV. PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS MILITARES. V. PROCEDIMIENTOS MILITARES ESPECIALES. VI. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES MILITARES NO PENALES. VII. CONCLUSION.

#### I. ANTECEDENTES

1. La Ley Orgánica Procesal Militar culmina la reforma integral de la Justicia castrense, que tiene su antecedente inmediato en la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, y el origen en los Pactos de la Moncloa, más concretamente en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobado el 27 de octubre de 1977.

Entre los objetivos de política legislativa a que se contraían tales Acuerdos figuraba la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática.

De modo concreto, en el punto VII («Código de Justicia Militar») se acordaba la «reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar: 1º. Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código penal común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares; 2º. Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares; 3º. Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar; 4º. Sometimiento a los Tribunales Ordinarios de las

Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo: 5º. Fortalecimiento de las garantías procesales y defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar».

El compromiso adquirido y diversas circunstancias, de variada índole (1), condicionaron la reforma de 1980, que, manifiestamente insuficiente para lograr una Justicia Militar acorde con la Constitución, tuvo carácter provisional: se introdujeron las modificaciones más apremiantes en el Código de Justicia Militar de 1945, en tanto se elaboraba otro texto que respondiese plenamente a los postulados constitucionales y a los principios por los que la jurisdicción militar se rige en los países pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural.

De cualquier modo, como ya he observado en ocasión anterior (2), la reforma, pese a su naturaleza transitoria, afectó a ciento seis preceptos e introdujo innovaciones de indudable trascendencia. Ante todo, se redujo sustancialmente la competencia de la jurisdicción militar, y ello a través de dos vías: modificando las leyes penales y concediendo relevancia determinante a un nuevo factor, la relación de la infracción punible con el buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas. Además, se atendió a otros temas importantes, bien orgánicos, como la creación del Juez Togado Militar Permanente de Instrucción o la supresión del Fiscal Militar en tiempo de paz, bien procedimentales, incorporando el recurso de casación o dando nueva regulación al procedimiento sumarísimo (3).

No obstante, de acuerdo con el carácter provisional conferido a la reforma, la Ley estableció, en su Disposición final 1ª, la constitución de una Comisión que elaboraría «un proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos de orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la jurisdicción militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del Ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación».

(1) *Vid.*, al respecto, A. MILLÁN GARRIDO, Prólogo a la 1ª edic. del *Código penal militar y legislación complementaria*. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 13-14.

(2) Cfr. A. MILLÁN GARRIDO, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53 (1989), t. I, pág. 108.

(3) *Vid.*, fundamentalmente, J. VALENCIANO ALMOYNA, *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid, 1980; A. MILLÁN GARRIDO, «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar», en *Revista de Derecho Público*, núm. 87 (1982), págs. 289-332; asimismo publicado, con algunas adiciones, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40 (1982), págs. 195-231.

Este mandato normativo tenía, además, ya su complemento en 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, que, en su artículo 40 (constitutivo del título VII: «De la jurisdicción militar») establece que:

«1. La Justicia Militar se administrará en nombre del Rey en la forma que señale el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

2. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, bajo los principios de especialidad jurisdiccional, salvaguardando debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado.

3. La jurisdicción militar conocerá, juzgará y ejecutará lo juzgado en los procedimientos que en la misma se sigan, conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

4. El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa. La apelación, casación y revisión de los fallos de los jueces y tribunales estarán reguladas en el Código de Justicia Militar con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

5. La constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto de la Autoridad judicial militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio fiscal jurídico militar y el personal a ellos asignados, se regularán en la ley y en los reglamentos de su desarrollo.»

En realidad, sobre estas bases y con independencia de la reforma parcial, desde 1979 se venía trabajando informalmente en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, donde el entonces Director de la misma, General Auditor don Francisco Jiménez y Jiménez, tras un período de consulta e información (4), había reunido un Grupo de Estudio con especialistas interesados en el tema. Ese Grupo integraría, más tarde, el núcleo de la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, constituida formalmente por Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1980 (5).

(4) Cfr. J. VALENCIANO ALMOYNA, E. MONTULL LAVILLA, A. MILLÁN GARRIDO, «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 37 (1979), págs. 209-219.

(5) Con sede en el Consejo Supremo de Justicia Militar, la Comisión, presidida por el Teniente General don Luis Álvarez Rodríguez, estuvo inicialmente integrada por F. Jiménez y Jiménez (Vicepresidente), V. Peña Peña, G. Gutiérrez Lanza, F. Aguado Aguado, J. Valenciano Almoyna, E. Montull Lavilla, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, L. Regalado Aznar, J. García Santolalla, L. Fernández de Henestrosa y Balmaseda, J. Martínez Micó, A. Mozo Seoane, J. Aparicio Gallego, A. Hernández Corral, E. Calderón Susín, A. Beltrán Núñez, A. Millán Garrido y B. Egidio Trillo-Figueroa (Secretario), todos ellos miembros de los Cuerpos Jurídicos del Ejército, Marina y Aire.

Bajo la dirección técnica del ya Consejero Togado don Francisco Jiménez y Jiménez, la Comisión se estructuró en tres Subcomisiones o Grupos de Trabajo que se encargarían de preparar los borradores correspondientes a lo que serían las tres futuras leyes o Códigos: el penal, el de organización de Tribunales y el procesal.

De hecho, sin embargo, sólo la Subcomisión encargada de elaborar el nuevo Código penal militar tuvo posibilidad, durante 1981, de presentar y defender un borrador que, aprobado por el Pleno de la Comisión en diciembre, fue remitido al Ministerio en los primeros meses de 1982 (6), año en el que, disuelta tácitamente la Comisión, se hizo entrega, asimismo, de los trabajos elaborados en materia orgánica y procedimental.

2. Promulgados, durante la II Legislatura, el Código penal militar (7) y el nuevo régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (8) y aprobado el Anteproyecto de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (9), en 1986 los trabajos en materia procesal no habían superado el ámbito programático.

Así, el propio Ministerio señalaba, al término de la Legislatura, que «el Anteproyecto de la Ley Procesal se encuentra aún en fase de elaboración», destacando los principios informadores de este texto que habría de culminar «la reforma emprendida de la Justicia militar, acorde con los principios de la Constitución, así como la completa y definitiva derogación del Código de Justicia Militar de 1945».

(6) *Vid.*, respecto a la elaboración del Código penal militar, R. GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, «El Proyecto de Código penal militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), págs. 975-977. Sobre su contenido, especialmente, E. CALDERÓN SUSÍN, «Comentario de urgencia al Proyecto de Código penal militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), págs. 907-920.

(7) El Código penal militar fue promulgado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Para el conocimiento del nuevo texto es fundamental la obra colectiva *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Cívitas, Madrid, 1988.

(8) Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo, por la que se aprueban las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; Orden General 68/1986, de 5 de agosto, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se aprueban Instrucciones sobre correctivos (todos estos textos en *Código penal militar y legislación complementaria*, 3ª edic., a cargo de A. MILLÁN GARRIDO, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 109-216). *Vid.* L. B. ÁLVAREZ ROLDAN y R. FORTÚN ESQUIFINO, *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, y, especialmente, J. ROJAS CARO, *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

(9) *Vid.*, sobre el contenido del Proyecto originario, J. APARICIO GALLEGU, «La nueva organización de la Justicia Militar», *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), págs. 2457-2469.

Según el Ministerio la pretensión, con respecto al Anteproyecto de Ley Procesal Militar, era la de «diseñar un procedimiento ágil y eficaz, acorde con la celeridad que requiere la administración de justicia.

Se seguirá, preferentemente, el sistema acusatorio, según las normas constitucionales que consagran los principios derivados de este modelo, como los de contradicción, oralidad y publicidad.

El proceso penal deberá ser preferentemente oral y gozar de inmediatez, de modo que las pruebas se practiquen en presencia del Juez que instruye el procedimiento.

Admitido en el Proyecto de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar el principio de tutela efectiva de jueces y tribunales y, en consecuencia, el ejercicio de la acción privada ante tribunales militares, se regulará en el proyecto la presencia de los actores civiles.

El derecho a la defensa determinará un procedimiento de urgencia, que, provisto de todas las garantías exigibles, tienda a enjuiciar aquellos hechos que requieran el restablecimiento inmediato de la disciplina» (10).

En los primeros meses de 1987, sin embargo, ante la inminente promulgación de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuya efectiva entrada en vigor preveía la aprobación de la correlativa legislación procesal, se intensifican los trabajos, constituyéndose, al efecto, una Comisión interna (11) que, en tres meses, de 1 de marzo a finales de mayo, elabora un borrador que el Ministerio de Defensa somete, con posterioridad, a informe de los Cuarteles Generales, así como del Ministerio de Justicia y del Consejo General del Poder Judicial (12).

El estudio de las consideraciones formuladas y los consiguientes retoques en el borrador prolongaron los trabajos técnicos en el Ministerio de Defensa, que no presentó formalmente el Anteproyecto al Gobierno hasta el primer trimestre de 1988.

La imposibilidad de contar con la normativa procesal proyectada el 1 de mayo de 1988, fecha de la entrada sustancial en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar,

(10) Cfr. *Memoria de la Legislatura (1982-1986)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1986, pág. 286.

(11) La Comisión, presidida por el Consejero Togado don Virgilio Peña y Peña, estuvo integrada por F. Bartolomé Martínez, A. Corrales Elizondo, J. M. Gordillo Alvarez-Valdés, E. Canteiro Núñez, J. M. Martín Carmona y P. Pérez Aciego de Mendoza, todos ellos miembros de los Cuerpos Jurídicos Militares.

(12) Tras la consulta a los tres Cuarteles Generales, el borrador trasciende a los medios informativos, que dan cuenta de su contenido. Así, *ABC*, 13 y 14 de septiembre de 1987.

determinó la necesidad de acudir a una solución transitoria, hasta la promulgación de la Ley Procesal Militar.

Esta medida se plasmó en la Disposición adicional de la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización territorial de la Jurisdicción militar (13), que deja provisionalmente vigente el Tratado tercero del Código de Justicia Militar de 1945, si bien «acomodado a la estructura, terminología y atribuciones de los nuevos órganos». Además la referida disposición formula indicaciones concretas, reforma o deja sin contenido algún precepto del mencionado Código, determina materias que se regirán directamente por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y establece que «en el procedimiento contencioso-disciplinario militar será norma procesal la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, con las salvedades orgánicas propias de la jurisdicción militar».

De esta forma, la nueva organización jurisdiccional militar entró efectivamente en vigor en la fecha prevista, con unas normas provisionales de procedimiento, a la espera de que, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, se promulgase la definitiva legislación procesal militar.

## II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley (Orgánica) Procesal Militar se inició el 12 de abril de 1988, cuando la Mesa del Congreso de los Diputados acordó su publicación (14) y remisión, para dictamen, a la Comisión

(13) Esta disposición adicional tiene su origen en la enmienda número 12 formulada por el Grupo Socialista al Proyecto de Ley de Planta y Organización territorial de la Jurisdicción militar.

La Ponencia se mostró favorable a la aceptación de dicha enmienda, incorporada por la Comisión de Justicia e Interior, que, con competencia legislativa plena, aprobó, en el Congreso, el Proyecto, cuyo texto no sufriría alteración alguna en el Senado.

La enmienda se justificaba en que, dada la nueva estructura jurisdiccional establecida por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, «para la aplicación de la expresada Ley Orgánica resulta imprescindible una norma de procedimiento que responda a tal estructura, cuya redacción se encuentra en fase muy avanzada».

Por ello, «en tanto se aprueba el referido anteproyecto y se promulga como Ley procesal militar, es preciso determinar qué ordenamiento procesal judicial debe aplicarse entre los que actualmente están en vigor, con las modificaciones y adaptaciones oportunas, para no hacer inviable el mandato de la Ley Orgánica antes citada».

Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, núm. 72, págs. 13-14, 18, 23-24 y 27; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, núm. 171, págs. 4 y 15.

(14) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, núm. 79-1, del 15 de abril de 1988, págs. 1-74.

de Justicia e Interior, estableciendo un plazo de enmiendas que, por dos veces prorrogado, finalizó el 23 de mayo.

Al Proyecto se le formularon 328 enmiendas (15). Correspondían diecisiete (núms. 1 a 17) al Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, cincuenta y una (núms. 18 a 68) al Grupo Parlamentario del Centro Democrático y Social, ciento trece (núms. 69 a 181) al Grupo Parlamentario de Coalición Popular, ciento cuarenta y cuatro (núms. 182 a 325) al Grupo Parlamentario Socialista, y tres (núms. 326 a 328) a la Agrupación de Diputados de la Democracia Cristiana (Grupo Mixto).

Informado por la Ponencia (16), el texto fue sometido a debate en Comisión el 8 de noviembre (17), emitiéndose un dictamen (18) en el que se incorporaba buen número de las enmiendas presentadas (19).

En realidad, la propia naturaleza —procesal— de la Ley no permitía discrepancias sustanciales sobre su contenido, por lo que la mayoría de enmiendas, de carácter técnico cuando no de mero alcance gramatical, fueron tratadas, desde los primeros trámites parlamentarios, en un clima de generalizada colaboración que permitiese, incluso, un cierto consenso.

Así, cuando el 15 de diciembre tuvo lugar el debate del Proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados (20), se partió, salvo en lo relativo a las garantías en el procedimiento sumarísimo, de una general aceptación del texto dictaminado.

De aquí el escaso contenido de las intervenciones de los Diputados Sres. Buil Giral (CDS), Cañellas Fons (CP), Salas Moreno (MC), Barrero López

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-5, del 3 de junio de 1988, págs. 81-154. El índice de enmiendas fue publicado en el número 79-6, del 26 de septiembre, págs. 155-168.

(16) Integraron la Ponencia los Diputados Sres. don Javier Barrero López (S), don Alvaro Cuesta Martínez (S), don Francisco Granados Calero (S), don José Cañellas Fons (CP), don Alfonso Osorio García (CP), don León Buil Giral (CDS), don Nicolás de Salas Moreno (MC), don Joseba de Zubía Atxaerandio (PNV), don Iñigo Cavero Lataillade (DC), don José María Pardo Montero (PL), don Enrique Curiel Alonso (IU-EC) y don Juan María Bandrés Molet (EE). El informe de la Ponencia fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-7, del 31 de octubre, págs. 169-308.

(17) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, Sesión del 8 de noviembre de 1988, núm. 363 (1988), págs. 12515-12548.

(18) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-9, del 18 de noviembre, págs. 311-382.

(19) Las enmiendas mantenidas para su defensa en el Pleno están publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-8, del 16 de noviembre, pág. 309.

(20) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, Sesión Plenaria núm. 153, del 15 de diciembre de 1988, págs. 9553-9568.

(S) y Granados Calero (S). Como reconocía este último, «el proyecto ha pasado, a través de sus precedentes trámites parlamentarios, dentro de un clima de colaboración, de estudio y de intento de mejorar la redacción, perfilar incorrecciones y suprimirlas».

La única objeción general al texto fue formulada por el Sr. Cañellas Fons, al considerar que el Proyecto suponía «una copia, un trasunto o una traslación de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, con algunos defectos a la hora de hacer esa traslación».

Al respecto, el Sr. Granados, aun reconociendo la necesidad de modificar nuestro actual sistema procesal, adujo cómo el criterio seguido en el Proyecto era el único factible, «puesto que hubiera sido por lo menos chocante que se hubiera iniciado la reforma de la Ley de Enjuiciamiento precisamente con un aspecto especial de la jurisdicción como es la jurisdicción militar».

El tema más debatido fue, desde luego, la configuración del procedimiento sumarísimo, no tanto por su alcance y garantías, sino por cuanto suponía la consideración y, en cierto modo, la ratificación de la pena de muerte prevista por la legislación penal militar para tiempos de guerra (21).

En lo demás, como decimos, las diferencias sobre el contenido del Proyecto fueron mínimas. Así lo puso de manifiesto el Sr. Salas Moreno, al destacar cómo se trata de «una ley eminentemente técnica que no tiene por qué ofrecer mayores discrepancias que las meramente procedimentales de estilo o aclaratorias (...). Han sido enmiendas de marcado sentido técnico y con evidente ausencia de significación política».

Esta generalizada aceptación quedó patente en la votación de totalidad del Proyecto, que fue aprobado por 260 votos a favor y uno en contra.

Inserto el 19 de diciembre en el órgano oficial del Congreso de los Diputados (22), el Proyecto tuvo entrada en el Senado el 28 y con la misma fecha aparece publicado (23), a la vez que se ordenaba su remisión a la Comisión de Justicia, estableciéndose un plazo de enmiendas, cuya prórroga finalizó el 14 de febrero de 1989.

Se formularon al Proyecto 99 enmiendas, si bien la número 1 fue retirada. Correspondían una (núm. 2) al Senador del Grupo Mixto Sr. Fuentes Nava-

(21) Para algunos, el Proyecto volvía «a poner sobre la mesa el debate sobre la legitimidad y el modo de regular la pena de muerte». Cfr. X. RIUS, «Pena de muerte, suma y sigue», en *El País* del 24 de febrero de 1989.

(22) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-10, del 19 de diciembre de 1988, págs. 383-454.

(23) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, III Legislatura, Serie II, núm. 256 (a), del 28 de diciembre de 1988, págs. 1-97.

rro, veinticinco (núms. 3 a 27) al Grupo Parlamentario de Coalición Popular, quince (núms. 28 a 42) al Grupo Parlamentario del Centro Democrático y Social, catorce (núms. 43 a 56) al Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, y cuarenta y tres (núms. 57 a 99) al propio Grupo Parlamentario Socialista (24).

Tras el informe de la Ponencia (25) y el dictamen de la Comisión (26), tan sólo se mantuvieron veintiún votos particulares a defender en el Pleno (27).

El texto dictaminado fue sometido al Pleno del Senado en su sesión del 14 de marzo de 1989 (28). En ella, tras la presentación del Proyecto a cargo del Senador Sr. Ruiz Mendoza (S), intervinieron los Sres. Gaminde Alix (SNV), Otamendi Rodríguez-Bethencourt (CDS), Martínez Guijarro (S), Cañizares Clavijo (PP), Aguilar Cruz (PP), Fuentes Navarro (GM) y Lizón Giner (S), en un debate que, por las razones ya apuntadas, ofreció escaso contenido y menor interés.

El texto aprobado (29) supuso la aceptación de más de sesenta enmiendas, las que, junto a diversas correcciones de estilo, fueron remitidas al Congreso de los Diputados mediante el correspondiente mensaje motivado (30).

Definitivamente aprobado el Proyecto por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 6 de abril (31), el texto (32) fue promulgado como Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 92, del día 18 (33).

(24) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 256 (c), del 17 de febrero de 1989, págs. 101-130.

(25) Integraron la Ponencia los Senadores don Antonio Aguilar Cruz (CP), don Eduardo Cañizares Clavijo (CP), don Arturo Lizón Giner (S), don José Martínez Guijarro (S) y don Joaquín Ruiz Mendoza (S).

El informe de la Ponencia fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 256 (d), del 3 de marzo de 1989, págs. 131-221.

(26) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 256 (e), del 9 de marzo de 1989, págs. 223-308. Con corrección de errores en el núm. 256 (f), del 13 de marzo.

(27) Los votos particulares correspondían al Senador Sr. Fuentes Navarro (1), Grupo Parlamentario del Centro Democrático y Social (9) y Grupo Parlamentario de Coalición Popular (11).

(28) *Diario de Sesiones del Senado*, III Legislatura, Sesión Plenaria núm. 113, del 14 de marzo de 1989, págs. 5262-5273.

(29) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 256 (g), del 21 de marzo de 1989, págs. 313-398.

(30) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-11, del 3 de abril de 1989, págs. 455-615.

(31) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, Sesión Plenaria núm. 175, del 6 de abril de 1989, págs. 10553-10554 y 10568-10569.

(32) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 79-12, del 10 de abril, págs. 617-691.

(33) *Vid. Ley Procesal Militar*, con prólogo, índices, notas y concordancias de A. MILLÁN GARRIDO, Tecnos, Madrid, 1989.

### III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Consta la Ley de 521 artículos, distribuidos en cuatro libros, nueve disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y una final.

El Libro primero contiene las disposiciones generales. En él, tras un breve título preliminar, se regulan los conflictos de jurisdicción y las cuestiones de competencia, el gobierno interno de los Tribunales y Juzgados Togados Militares, el régimen de los Juzgados y Tribunales, las actuaciones judiciales y las partes en el proceso penal militar, la Fiscalía Jurídico Militar, el inculpa-do o procesado y su defensor, la acusación particular y el actor civil y la defensa del Estado como responsable civil.

En este punto, como se destaca en su propio preámbulo, la Ley Procesal Militar se caracteriza por la acentuación de las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito —siempre que, en este caso, no afecte a la disciplina militar, principio esencial de la institución castrense y uno de los fundamentos de la existencia de la jurisdicción militar—, introduciendo, como novedades, entre otras, la asistencia letrada desde el primer momento en que pueda surgir una imputación respecto a persona determinada, y las figuras del acusador particular y el actor civil. Se establece, aunque con matizaciones propias de las exigencias de la jurisdicción castrense, el principio de igualdad de partes en el proceso penal.

En sus restantes libros, la Ley regula los procedimientos penales (ordinarios y especiales) y aquéllos de naturaleza administrativa (recurso contencioso-disciplinario militar) y civil (prevención de los juicios de testamentaría y abintestato), de los que nos ocupamos a continuación.

### IV. PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS MILITARES

A los procedimientos (penales) ordinarios militares dedica la Ley Procesal Militar su Libro II, en el que, tras unas disposiciones generales sobre el inicio, se regulan las diligencias previas, el sumario, el juicio oral, las actuaciones ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y la ejecución de Sentencias.

Respecto a las diligencias previas, se ha acentuado su carácter judicial, pudiendo adoptarse medidas encaminadas al aseguramiento de las personas. En otro orden, debe reconocerse que, como advierte LORCA NAVARRETE (34), las diligencias previas en el proceso penal militar, aun cuando poseen ante-

(34) Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, pág. 227.

cedentes ciertamente próximos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su significación conceptual y naturaleza jurídica es, en cambio, sustancialmente diversa, porque mientras las diligencias previas del procedimiento abreviado ordinario coadyuvan al acusatorio puro y son por ello una pieza esencial en su estructuración, en cambio las diligencias previas del proceso penal militar, en un esquema mucho más clásico y tradicional, constituyen la antesala de entrada, en su caso, del sumario, pero, en ningún caso, del juicio oral.

En cuanto al sumario, se dictan normas sobre la identificación del delincuente y la comprobación del delito, el imputado y el procesado, sus declaraciones y las de los testigos, la prueba pericial, la entrada y registro en lugar cerrado y la intervención de libros, papeles y comunicaciones, el aseguramiento de las responsabilidades civiles, las medidas cautelares sobre personas, la libertad provisional, la conclusión del sumario, el sobreseimiento y los recursos de apelación, queja y súplica. En realidad, como observa la doctrina (35), lo que la Ley Procesal Militar denomina sumario comprende una serie de actuaciones que van desde las propias diligencias previas hasta el sobreseimiento, abarcando una normativa que se caracteriza por su amplitud, excesiva si se tiene en cuenta que, sin comportar ni mucho menos el sumario la actividad más importante del proceso penal ordinario por delitos, es, en cambio, con sus ciento veintisiete artículos, la más extensamente tratada.

Ello no obsta, sin embargo, para que por el propio legislador se destaque la trascendencia del juicio oral, la que queda puesta de relieve por el valor que adquiere la prueba en él practicada, pudiendo considerarse este período procesal, con el acto final de la vista, el esencial de proceso pues en él se formará juicio sobre las cuestiones objeto del mismo, quedando circunscrito el sumario a sus propios límites, con abandono de la tendencia a considerarlo como la parte esencial probatoria del procedimiento.

Sucesivamente se ocupa el legislador de la apertura del juicio oral y de las conclusiones de las partes, de los artículos de previo y especial pronunciamiento, de la celebración de la vista y de la sentencia.

Concluye este libro con las normas reguladoras de las actuaciones ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de la ejecución de Sentencias.

En suma, el procedimiento ordinario ha tomado sus normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptadas a las peculiaridades que exige la jurisdicción militar. Con ello ha resultado un procedimiento más ágil, en el que se suprime la anterior fase de prueba en plenario, se abrevian los plazos y se limitan los recursos.

(35) Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, cit., págs. 232-233.

## V. PROCEDIMIENTOS MILITARES ESPECIALES

Los procedimientos militares especiales, objeto del Libro III de la Ley, son el procedimiento para conocer de determinados delitos, el procedimiento sumarísimo, el procedimiento contra reos ausentes, el procedimiento para las faltas penales y el modo de proceder contra Jueces Togados Militares, Auditores Presidentes y Vocales de Tribunales Militares por causa de responsabilidad penal.

En el procedimiento sumarísimo —previsto tan sólo para tiempo de guerra y respecto a los delitos flagrantes por los que pueda imponerse como alternativa la pena de muerte u otros de gravedad cuando así lo determine el Gobierno— se admite el recurso de casación que, cuando se interponga contra Sentencias dictadas en la zona de operaciones en las que se imponga la pena de muerte, ofrece diversos particularismos. Se ha advertido, no obstante, la omisión de «toda regulación propia del modo de quitar la vida al condenado a perderla», lo que ha llevado a algunos a considerar que, «a partir del 8 de mayo de 1989, día en que entró a regir la Ley Procesal Militar, no será posible legalmente llevar a cabo en España una ejecución capital» (36).

Respecto al último de los procedimientos especiales, el «antejuicio» necesario para proceder penalmente contra los integrantes de los órganos judiciales militares, ha sido cuestionado por un sector de nuestra doctrina, que lo considera contrario al principio de igualdad constitucionalmente establecido. Se advierte, sin embargo, cómo, con carácter general, sostuvo el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 13 de octubre de 1982, que «no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad, porque, en ningún caso, permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querellados, sino valorar la procedencia o no de declarar la responsabilidad penal con mayores formalidades procesales en consideración a la especificidad de la función que aquéllos ejercen y que concierne al interés público» (37).

## VI. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES MILITARES NO PENALES

Los procedimientos judiciales militares no penales están regulados en el Libro IV de la Ley, que se divide en dos partes.

(36) Cfr. M. BARBERO SANTOS, «Pena de muerte: ejecución imposible», en *El País*, 23 de mayo de 1989, pág. 36.

(37) *Vid.*, sobre este tema, A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, cit., pág. 440.

La parte primera versa sobre el recurso contencioso-disciplinario militar. Como observa el preámbulo de la Ley, en la configuración y articulación de este procedimiento se ha seguido la pauta del contencioso-administrativo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, pero introduciendo las peculiaridades propias del ámbito objetivo a que se contrae el recurso contencioso-disciplinario —la materia disciplinaria en las Fuerzas Armadas— y estableciendo, como órganos judiciales competentes para el enjuiciamiento de dicho recurso, el Tribunal Militar Central y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Precisamente por el hecho de que estos órganos judiciales militares tengan competencia en esta materia, se ha instituido un único recurso contra las decisiones adoptadas en primera instancia, recurso que no es el de apelación, como en la Ley de 1956, sino el de casación, siguiendo de esta forma el camino iniciado por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La base sustantiva, sustentadora del recurso contencioso-disciplinario, lo constituye el régimen disciplinario militar que, conjuntamente con las normas contenidas en la Ley Procesal Militar, originan un ámbito jurisdiccional específico y propio no reconducible, en ningún caso, al orden sancionador administrativo del que se accede, precisamente, a la jurisdicción militar en materia contencioso-disciplinaria cuando se plantean pretensiones en relación con los actos recurribles de Autoridades y Mandos militares (38).

Por lo demás y aun cuando, como queda dicho, el régimen normativo del recurso contencioso-disciplinario militar se inspira en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no es ésta sino la Ley de Enjuiciamiento Civil la norma supletoria de la parte primera del Libro IV de la Ley Procesal Militar.

En la parte segunda, como procedimiento de carácter civil, se regula la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato.

Este procedimiento tiene naturaleza sumaria, por lo que en ningún caso puede comportar declaración de herederos ni de otros derechos sucesorios.

La prevención de juicio de testamentaría y abintestato «de miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieron en campaña o navegación se limitará a las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega a los herederos instituidos o a los que lo sean abintestato dentro del cuarto grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga». En otro caso, dada precisamente la apuntada naturaleza sumaria de este procedi-

(38) Vid. A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, cit., pág. 446.

miento, «se pasarán las diligencias al Juzgado a quien corresponda el conocimiento de la testamentaría o del abintestato, dejando a su disposición los bienes, libros y papeles inventariados».

## VII. CONCLUSIÓN

Lógicamente no es éste el momento de abordar un análisis del contenido de la Ley, que, por otra parte, se encuentra condicionado tanto por la restante legislación judicial militar —sustantiva y orgánica— como por las vigentes normas procesales comunes, muy especialmente por nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley, ciertamente, ofrece aspectos positivos, algunos de los cuales ya han sido destacados. Entre otros, el reforzamiento de las garantías judiciales, la consagración de los principios de legalidad, oralidad y acusatorio, así como, en buena medida, el de igualdad de las partes, la potenciación del Fiscal Jurídico Militar, la simplificación del procedimiento, la acentuación del carácter judicial de las diligencias previas, la regulación de la vigilancia penitenciaria, la inclusión en el texto de las —hasta ahora dispersas— normas sobre detención de militares o la propia configuración del procedimiento sumarísimo.

Mas en la Ley también pueden advertirse deficiencias, de alcance diverso, de las que algunas merecen referencia expresa. Tal es el caso del ámbito material objetivo conferido al recurso contencioso-disciplinario militar.

No parece afortunado, en efecto, el que el legislador haya limitado el recurso contencioso-disciplinario a las sanciones por falta grave y a las extraordinarias, insistiendo así en el criterio mantenido en el artículo 51 de la Ley Disciplinaria, que expresamente excluye del recurso a las sanciones por falta leve (39).

Tal exclusión, contra la que, en su momento, se planteó cuestión de inconstitucionalidad (40), resulta insostenible en cuanto niega a los sancionados por falta leve una tutela judicial efectiva.

(39) La justificación de este precepto la encuentra Fortún en «la necesidad de mantener a las Fuerzas Armadas en condiciones de cumplir las misiones que, también con rango constitucional, le vienen atribuidas, las cuales sólo se logran con la plena eficacia de los pilares básicos en los que se sustenta la institución militar, cuales son la unidad, el servicio y la disciplina». Cfr. R. FORTUN ESQUIFINO, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley Disciplinaria Militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), pág. 2480.

(40) Por providencia de 6 de febrero de 1989, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 229/89, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos, por supuesta inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 12/1985, de 21 de noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (*B.O.E.* núm. 41, del 17 de febrero).

Esta situación, materialmente insatisfactoria, se vio resuelta, para algunos, con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, por cuanto considera competencia de la jurisdicción militar «la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas» (art. 17), a la vez que atribuye el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (art. 23.5), a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central (art. 34.7) o a los Tribunales Militares Territoriales (art. 45.6), sin excluir en ningún caso de la posibilidad de recurso a los sancionados por falta leve.

Esta interpretación normativa —ciertamente discutible, pero conducente a resultados materialmente justos— no puede ser sostenida ahora tras la promulgación de la Ley Procesal Militar, que expresamente señala que «el procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias» (art. 453.2). Sólo cuando las sanciones —por falta leve— afecten al ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar, en este caso el preferente y sumario regulado en el artículo 518 de la propia Ley Procesal Militar (art. 453.3).

En esta nueva situación, el cuestionado artículo 51 de la Ley Disciplinaria sólo puede ser sistemáticamente interpretado —a tenor del artículo 24.1 de la Constitución— en el sentido de que contra las sanciones disciplinarias militares por falta leve no cabe —salvo en el supuesto de que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 de la Constitución— recurso contencioso-disciplinario militar, pero sí recurso ordinario ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tal interpretación conduce a una evidente disparidad —dos procedimientos distintos para conocer de recursos contra sanciones de la misma naturaleza— pero, en el actual contexto normativo, constituye el único planteamiento con el que los sancionados por falta leve disciplinaria militar no quedan privados de la tutela judicial efectiva que les reconoce el artículo 24 de la Constitución.

Tampoco puede considerarse satisfactoria, por motivos distintos, la regulación de otras materias, como los delitos conexos, la acusación particular, la acción civil o la suspensión de condena.

En cualquier caso, la Ley Procesal Militar merece una positiva valoración de conjunto, por cuanto, a pesar de todos los condicionamientos —en su ma-

yoría negativos—, ha logrado, al margen de cualquier consideración crítica, regular los procedimientos militares, adecuándolos a las exigencias e imperativos constitucionales, lo que, al fin, va a permitir un normal funcionamiento de la jurisdicción militar como jurisdicción especializada integrante del Poder Judicial del Estado.

La normativa procedimental viene, asimismo, a culminar, tras más de diez años de trabajos, la reforma integral del Ordenamiento judicial militar, materializado básicamente en tres textos —el Código penal militar, la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Procesal Militar—, a través de los cuales se ha conformado una Justicia castrense acorde con la Constitución y regida por los principios comúnmente aceptados en nuestro entorno sociocultural.

## LAS PENSIONES DE ORFANDAD EN EL RÉGIMEN DE LAS CLASES PASIVAS MILITARES

Angel GARCÍA BELDA  
*Teniente Coronel Auditor*

Independientemente de la tradicional clasificación de los haberes pasivos en «ordinarios» (que no derivan de accidente en el servicio o de enfermedad profesional), «extraordinarios» (en los que el hecho causante se ha producido por accidente o enfermedad ocasionados en acto de servicio o como consecuencia del mismo) y «excepcionales» o «especiales» (reconocidos, en favor de personas determinadas o por concurrir circunstancias específicas, por disposiciones concretas, distintas de las disposiciones generales vigentes en la materia), las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas Militares —ámbito al que se reduce el presente estudio, sin afectar, por tanto, a la esfera de los Funcionarios Civiles del Estado— pueden también agruparse en dos categorías fundamentales:

a) Aquellas que el funcionario militar genera para sí mismo con carácter vitalicio, al pasar a retiro o situación equiparable a efectos pasivos (1) denominadas «pensiones de retiro», y

(1) El artículo 6 del Real Decreto 1385/90, de 8 de noviembre, de situaciones militares, dispone que la pérdida de la condición de militar de carrera por alguna de las causas contempladas en su artículo 3º, no privará de los derechos pasivos que hasta ese momento pudieran haberse adquirido para sí o los familiares, de acuerdo con la Legislación de Clases Pasivas; principio reconocido, respecto al personal separado del servicio o con pérdida de empleo, entre otras disposiciones, en el artículo 94 (con las modificaciones introducidas por la Disposición Derogatoria Primera 1.c del R.D. Legislativo 670/87) del Estatuto de Clases Pasivas (si bien, la Orden de 25 de julio de 1935 exigía, como requisito formal e imprescindible para el señalamiento de haberes pasivos, el previo pase a retirado del interesado), en el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado (con idéntica exigencia de pase a retirado) y en el artículo 18 del Reglamento para su aplicación, en el artículo 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, en el artículo 30 de la Ley Orgánica 13/85, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar (y, anteriormente, en el artículo 223 del hoy derogado Código de Justicia Militar según la redacción dada por la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre), en los artículos 10 y 3.1.a) del Real Decreto Legislativo 670/87, y

b) Aquellas otras que causa, no en vida, sino con su muerte (con la que se produce la extinción de su personalidad con arreglo al art. 32 del Código Civil) o presunción legal de fallecimiento, en favor de aquellas personas que se alimentaban a su cargo y que con su óbito han quedado privadas de tal asistencia, prestaciones tendentes a paliar en lo posible la disminución de ingresos económicos sufrida, y que constituyen las denominadas «pensiones familiares», que pueden ser de viudedad (reconocidas en favor de quien sea o haya sido su cónyuge legítimo), de orfandad (en beneficio de sus hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos) y, por último, en favor de los padres (con igual relación paterno-filial).

Vamos a tratar, a continuación, de algunos aspectos relativos a las pensiones de orfandad generadas por el personal militar, cuyo tratamiento legal ha sufrido significativas variaciones en el transcurso de los años, de modo acorde con la evolución legislativa general operada en España en los últimos tiempos.

La génesis histórica de su regulación ha sido, en esencia, la siguiente:

En el *Estatuto de las Clases Pasivas del Estado* (2), aprobado por Real Decreto de 22 de octubre de 1926 y convalidado por Ley de 9 de septiembre de 1931 (3), las pensiones de orfandad no se perfilan como haberes pasivos con entidad totalmente autónoma de las pensiones de viudedad y situadas en un mismo plano, sino que se establece una, podríamos llamar, «cadena sucesora» entre las distintas prestaciones familiares antes reseñadas (viudedad, orfandad y padres), de tal forma que sólo ante la ausencia del anterior, podía reconocerse el derecho al escalón pasivo siguiente.

Disposición Adicional Tercera punto 1 del mismo Texto Refundido, en la que se equipara al retiro voluntario el referido en el artículo 5º del Real Decreto Ley 10/77, y al retiro forzoso la pérdida de empleo y la separación del servicio. Por otra parte, el artículo 172 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, prohíbe la privación, al funcionario militar, de los derechos pasivos que legalmente pudieran corresponderle.

(2) En cuanto a los funcionarios militares, el Estatuto de Clases Pasivas resulta de aplicación a los ingresados con posterioridad al 1 de enero de 1919 (o ingresados con anterioridad, siempre que se hallaren prestando servicio activo, o reingresaran el 1 de enero de 1927) y hayan pasado a retirados, o fallecido, antes del 1 de enero de 1967 (art. 12.1. de la Ley 112/66, y art. 1º y Disposición Transitoria Quinta punto 1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado).

(3) Que lo ratificó, con fuerza de Ley desde el primer momento de su vigencia juntamente con el Reglamento para su ejecución de 21 de noviembre de 1927, disposiciones complementarias, y Real Decreto de 22 de enero de 1924.

Así, de conformidad con lo prevenido en los artículos 82 a 84, según la redacción dada a los mismos por la Ley 193/64, de 24 de diciembre, podrían destacarse las siguientes reglas básicas reguladoras, en dicho Estatuto, de las pensiones que tratamos:

a) Si el causante fallece en estado de casado sin dejar hijos de matrimonio anterior con aptitud para percibir pensión, «la viuda tendrá derecho a la pensión íntegra», y sólo si existieran tales hijos de un anterior matrimonio del finado, la pensión podrá dividirse entre éstos y la cónyuge supérstite del causante (4).

(4) La cuantía de las pensiones familiares (viudedad, orfandad y en favor de los padres), son, en el Estatuto de Clases Pasivas del Estado, las siguientes:

#### I. PENSIONES ORDINARIAS:

1. Para empleados públicos militares ingresados antes del 1 de enero de 1919 y que se hallen en servicio activo el 1 de enero de 1927 o que vuelvan al mismo con posterioridad a dicha fecha:

a) Si hubieren prestado 10 años de servicios efectivos al Estado, causarán pensión, con carácter vitalicio, del 25% del sueldo regulador consolidado conforme a los artículos 18 y 19.

b) Si no hubieran completado tales 10 años, pero contasen al menos con 1 año de servicios efectivos y hubieran consolidado un sueldo regulador, causarán pensión temporal, por un número igual de servicios abonables, del 25% de dicho sueldo regulador (art. 15, redactado conforme a la Ley 129/62, de 24 de diciembre).

2. Ingresados a partir del 1 de enero de 1919:

A) Pensiones mínimas, conforme al artículo 21.3.:

a) Si hubieren prestado menos de 20 años de servicios efectivos pero consolidado un sueldo regulador conforme a los artículos 25 a 29 (con un mínimo siempre de un año de servicios efectivos), causarán pensión temporal del 15% del regulador (art. 38).

b) Si hubieren completado 20 años, causarán pensión vitalicia del 15% del regulador (art. 39).

B) Si hubieren cotizado derechos pasivos máximos con arreglo a los artículos 41 y 42:

a) Caso de haber completado 10 años de servicios efectivos, causarán, como pensión el 25% del sueldo regulador contemplado en los artículos 25 al 29, con carácter vitalicio.

b) Si no hubieren completado dichos 10 años (con un mínimo de 1), pero hubieren consolidado sueldo regulador, causarán pensión temporal del 25% de dicho regulador, por un número de años igual al de servicios abonables (art. 47).

Hay que hacer constar, sin embargo, que la Ley 19/74, de 27 de junio, de mejoras de Clases Pasivas del Estado, en su artículo 1º elevó al 40 ó 30% de la base o sueldo regulador, las pensiones de viudedad y en favor de los padres que en el Estatuto de Clases Pasivas se fijaban en el 25 ó 15% respectivamente, además de establecer otras indemnizaciones, ayudas y subsidios.

Igualmente, las pensiones temporales se encuentran hoy transformadas en vitalicias, merced al artículo 57 de la Ley 37/88, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, dictándose las reglas oportunas para dicha transformación en el artículo 14 del Real Decreto 198/89, de 27 de febrero.

#### II. PENSIONES EXTRAORDINARIAS:

a) Su porcentaje varía entre el 100% y el 80% del sueldo regulador, según que el fallecimiento, ocurrido en acto de servicio o a consecuencia del mismo, encaje en los diferentes supuestos fácticos que se contemplan en los artículos 66 a 68 del Estatuto, según la redacción dada por la Ley 58/60, de 22 de diciembre.

b) Si al causante se le hubiese reconocido, en vida, pensión extraordinaria de retiro, la cuantía de la pensión familiar será del 25% del sueldo que se hallase disfrutando el causante en el momento del óbito (art. 69).

c) No se exige período mínimo de carencia para causar las pensiones extraordinarias de orfandad, ni para ninguna otra pensión familiar.

b) La viuda ve, sin embargo, acrecentada su pensión por cada hijo menor a su cargo, y, a tal efecto, el apartado 2 del artículo primero de la Ley 19/74, estableció (con independencia de los aumentos del porcentaje regulador para la pensión de viudedad contenidos en su número primero) el incremento de «un 6% de la base o sueldo regulador por cada hijo del causante, legalmente a cargo de la viuda, soltero, menor de 23 años o que esté incapacitado, sin que en ningún caso el total de la pensión pueda ser superior al 80% de la expresada base o sueldo».

c) Sólo si el causante fallece sin dejar viuda, o ésta muere, contrae nuevo matrimonio, o queda excluida de la pensión por delito de adulterio o conducta públicamente inmoral, adquiere virtualidad la pensión de orfandad, con carácter propio e independiente. La pensión familiar sufre, en los mismos porcentajes que la pensión de viudedad (5), una transmisión en favor de los hijos del finado, adquiriendo éstos el derecho a su reconocimiento, en régimen de coparticipación.

d) Sin embargo, en el diseño legal llevado a cabo por el Estatuto de Clases Pasivas para la regulación de las pensiones de orfandad, existían unas claras discriminaciones, por razón de filiación y de sexo, entre los huérfanos beneficiarios, ya que:

—Los hijos naturales legalmente reconocidos, los adoptivos con adopción plena (siempre que el causante hubiera sobrevivido, al menos, dos años a partir de la fecha de la adopción), y los legitimados por concesión (equiparados, todos ellos, a efectos pasivos), percibían menor pensión que la que correspondía a los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, puesto que, si, como hijos de anterior matrimonio, simultaneaban su pensión con la de la viuda del causante, el primer grupo percibía, tan sólo, la tercera parte de la pensión familiar, mientras que los segundos percibían la mitad (art. 82, párrafo tercero); y si coparticipaban con hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio en el disfrute de la pensión, a éstos correspondía doble cuantía

Hay que subrayar también que los porcentajes de las pensiones extraordinarias de viudedad se elevaron al 200% de la base reguladora, por Ley 9/77, de 4 de enero, artículo 1º, aplicándose también dicho aumento a las pensiones extraordinarias de orfandad, según su artículo 2º, en tanto existiera algún beneficiario menor de 23 años, o mayor de dicha edad que desde antes de cumplirla se hallare imposibilitado para atender a su subsistencia.

(5) Los mencionados porcentajes se elevarán, sin embargo, en las pensiones ordinarias de orfandad, al 30 ó 40%, caso de que el huérfano o la huérfana se encuentren imposibilitados para atender a su subsistencia desde antes de los 23 años y sean, además, pobres en sentido legal (art. 1º, apartado 3 de la Ley 19/74, en relación con el apartado 1º del mismo artículo), y, como se acaba de exponer en la nota anterior, al 200% en las pensiones de orfandad extraordinarias, con las condiciones anteriormente descritas (Ley 9/77).

que a los naturales reconocidos, a los adoptados y a los legitimados por concesión. Si coparticipaban tan sólo hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, el haber pasivo se dividía entre ellos a partes iguales (art. 82, párrafos 4º y 5º; y art. 83, párrafos 5º y 6º).

—A los hijos ilegítimos en quienes no concurriera la condición legal de naturales y los adoptados por adopción simple, no les asistía derecho al reconocimiento de pensión de orfandad.

— Los huérfanos varones disfrutaban de aptitud legal para el percibo de pensión de orfandad hasta que cumplían los 23 años (a no ser que se hallasen imposibilitados para atender a su subsistencia desde antes de dicha edad y fueran, además, pobres en concepto legal) (art. 83 párrafo 2º y 84 párrafo 1º) (6). Por el contrario, las huérfanas no se hallaban sujetas a límite de edad alguno para la percepción de su haber pasivo, mientras conservasen el estado civil de solteras o viudas (art. 83. 2º), perdiendo la aptitud legal al contraer matrimonio (art. 84, párrafo 2º), pero pudiéndose rehabilitar en el cobro de la pensión al enviudar (art. 83, párrafo 3º). No obstante, y conforme al párrafo 3º del artículo 84, las pensiones de orfandad causadas por militares ingresados en el servicio a partir del 28 de diciembre de 1959, dejarán de abonarse cuando sus beneficiarios, ya sean de uno u otro sexo, cumplan la edad de 23 años, salvo que con anterioridad acreditasen su imposibilidad para ganarse el sustento, y fuera pobres en sentido legal.

Las discriminaciones apuntadas deben entenderse abolidas como contrarias a los principios de igualdad consagrados en los artículos 14 y 39 de la Constitución, siendo ello ratificado por la Ley 11/81, de 13 de mayo, por lo que deben entenderse suprimidas «sin necesidad de modificar la normativa referente a Clases Pasivas», como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo y 28 de noviembre de 1983. No obstante ello, han sido expresamente derogadas por la Disposición de esta naturaleza primera, 1.c) del Real Decreto Legislativo 670/87 rigiendo hoy, en la materia, el principio de igualdad jurídica que, en base a las prescripciones del artículo 41.1. del citado Texto Refundido de 1987, equipara a los varones y a las hembras, fijando el límite común para ambos de 21 años como tope para la percepción de las pensiones de orfandad; abarca tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva, percibiéndose siempre la pensión, caso de coparticipación, a partes iguales (art. 83, párrafo 1º según su actual redacción); impide toda rehabilitación después de haberse contraído matrimonio (art. 84, redactado también conforme

(6) Los procedimientos para la instrucción de las informaciones de pobreza y forma de justificar la imposibilidad de los huérfanos para ganarse el sustento, se regulan en los artículos 132 a 146 del Reglamento para aplicación del Estatuto de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto de 21 de noviembre de 1927.

a La Disposición Derogatoria Primera 1 c) del Real Decreto Legislativo 670/87); y se ha regulado también el sistema de incompatibilidades con criterio igualitario, como posteriormente veremos al procederse al estudio de la Ley 50/84 y Real Decreto Legislativo 670/87.

Sin embargo, continúa plenamente vigente la imposibilidad reseñada de que se proceda al reconocimiento de haber pasivo de orfandad, mientras la pensión familiar se hallare ocupada por la viuda del causante.

e) Asimismo, existía discriminación por razón del sexo, no sólo respecto a los posibles beneficiarios, sino también en cuanto al causante para la generación de las pensiones de orfandad, ya que, conforme al artículo 89 del Estatuto de Clases Pasivas (conforme a la Ley 193/64, repetimos), la mujer no podía legar dicha pensión mientras viviera el padre, a no ser que éste se hallare imposibilitado para atender a la subsistencia de los hijos y, además, fuere pobre en sentido legal, o que los hubiere abandonado, o que hubiese sido condenado a pena de privación de libertad por más de un año, debiendo cesar en todo caso, el abono de la pensión de orfandad cuando desaparecieran tales circunstancias que habían permitido su reconocimiento. Esta desigualdad de nula influencia práctica, en aquella época, en cuanto al personal militar, ha resultado, asimismo, expresamente suprimida, por la Disposición Derogatoria Primera 1 c) del Real Decreto Legislativo 670/87, que ha derogado el referido artículo 89, y hoy la mujer puede causar los mismos derechos pasivos que el varón.

f) Por último, también se exigía la condición de español como requisito indispensable para causar y percibir las pensiones de orfandad (art. 90), lo que contravenía, asimismo, el principio constitucional de igualdad, debiendo, por tanto, estimarse derogada dicha exigencia desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, habiendo sido ello ratificado, expresamente, por el artículo 39 de la Ley 50/84 y artículos 24 y 56 del Real Decreto Legislativo 670/87, como analizaremos en su momento.

## II

La Ley 112/66, de 28 de diciembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 1967 (conforme a su Disposición Final Primera), resultando de aplicación a las pensiones causadas desde esa fecha por los militares o asimilados en activo a los que hubieran sido de aplicación sus respectivas Leyes de Retribuciones (números 113 y 95 de 1966, 19/70, 32/75 y Real Decreto 64/77), no representó variación alguna sustancial respecto al régimen legal anteriormente descrito de las pensiones de orfandad, continuando en vigor el aludido «sistema de sucesión» en las pensiones familiares, y la reforma afectó, tan sólo, al requisito del

tiempo de servicio para legar tales pensiones ordinarias (exigiéndose en el apartado dos de su art. 5º que «el personal fallecido haya completado, como mínimo, dos trienios, requisito éste que no será exigible cuando el fallecimiento se haya producido dentro de los seis primeros años de servicio ininterrumpido»), y estableciéndose la cuantía de las mismas en un único 25% de la base reguladora establecida de acuerdo con los criterios contenidos en su artículo 2º (art. 5º, párrafo 3) (7).

Por lo que se refiere a las pensiones extraordinarias de orfandad, no se exigía, tampoco, tiempo mínimo de carencia, y su cuantía se cifró en el 100% de dicha base reguladora (8).

### III

El *Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada* (9) (aprobado por Decreto nº 1211/72, de 13 de abril, en cumplimiento del precepto contenido en la Disposición Final Tercera de la anteriormente citada Ley 112/66, que ordenaba al Ministro de Hacienda su presentación al Gobierno, «a iniciativa de los Ministros del Ejército, Marina, Aire y Gobernación, coordinados en el Alto Estado Mayor»), no representó tampoco novedad fundamental alguna en el sistema legal básico de las pensiones de orfandad.

Continúa incólume la «cadena sucesoria» en las pensiones familiares y, en consecuencia, conforme a la redacción de su articulado, anterior a las modificaciones introducidas por la Disposición Derogativa Primera, 1 b) del Real Decreto Legislativo 670/87, podemos destacar como aspectos fundamentales originarios de su regulación, los siguientes:

a) Al fallecimiento del causante, «la viuda tendrá derecho a la pensión íntegra (art. 31.1.A), salvo que existan hijos de matrimonio anterior, en cuyo caso se dividirá la pensión (art. 31.1.B), con derecho a acrecer entre los hermanos (art. 31.5). Caso de perder la aptitud todos ellas, la viuda pasará a percibir la pensión íntegra (art. 31.5), aunque existieren hijos de la misma con aptitud legal. También resultan aquí de aplicación las prescripciones de la Ley 19/74, antes descritas, respecto a la mejora de la pensión de viudedad por hijos menores o incapacitados.

(7) A este porcentaje resultan igualmente de aplicación las mejoras previstas en el artículo 1º de la Ley 19/74.

(8) *Idem*, los aumentos previstos en la Ley 9/77, de 4 de enero.

(9) Su ámbito de aplicación se extiende al personal militar o asimilado retirado o fallecido entre el 1 de enero de 1967 y el 31 de diciembre de 1984, conforme a su artículo 1º.1 y al artículo 3º.2.a) del Real Decreto Legislativo 670/87.

b) Sólo se generaba pensión de orfandad en sí misma, cuando el causante moría sin dejar viuda, o ésta fallecía, o contraía nuevo matrimonio (arts. 31.1.E y 31.2), o era declarada en ausencia legal (arts. 28.2 y 31.2), o privada de la pensión por delito de adulterio, pérdida de la patria potestad, desheredación o conducta pública inmoral (art. 32.2 y 3), causas de exclusión todas ellas hoy también abolidas (al igual que las del Estatuto de Clases Pasivas del Estado) por el Real Decreto Legislativo 670/87, en su Disposición Derogatoria Primera, punto 1.

c) Una vez causada la pensión de orfandad, subsistían, no obstante, las discriminaciones entre los huérfanos por razón de sexo y filiación, efectuándose la misma equiparación que realizaba el Estatuto de Clases Pasivas, entre los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, y, por otra parte, entre la filiación natural, la adoptiva por adopción plena (caso de supervivencia del causante durante dos años al menos a partir de la adopción) y los legitimados por concesión (art. 27) (con lo que los hijos ilegítimos no naturales y los adoptados simplemente, continuaban careciendo de derecho a pensión), y percibiendo siempre más porción de haber pasivo el primer grupo que el segundo (arts. 31.1.C, 31.1.D y 31.4).

Asimismo, persistía la desigualdad de tratamiento por razón de sexo, contemplándose en los artículos 31.1.E y 33 el límite de edad máximo de 23 años para la percepción de pensión por parte de los varones, salvo que con anterioridad a su cumplimiento se hallaran imposibilitados para atender a su subsistencia y fueran pobres en sentido legal (10), límite que no le era exigido a las huérfanas solteras o viudas, y, a éstas últimas, se les permitía, como en la legislación anterior, la rehabilitación en la percepción de la pensión, cuando fallecía su marido. Sin embargo, y tal como se expuso anteriormente respecto al Estatuto de Clases Pasivas, se producía una igualación entre varones y hembras en relación con la pérdida de la aptitud legal al alcanzar ambos los 23 años de edad, al tratarse de pensiones de orfandad causadas por Funcionarios Militares ingresados al servicio del Estado con posterioridad al 28 de diciembre de 1959, salvo imposibilidad para ganarse el sustento y pobreza legal, con anterioridad al cumplimiento de la misma (art. 33.3), en cuyo caso no se establecía límite máximo de edad alguno.

Tales discriminaciones, como antes se dijo, resultaron inconstitucionales, y como tales fueron ratificadas por la Ley 11/81, teniendo hoy lugar la filiación solamente por naturaleza o adopción, sin que, por tanto, pueda seguir

(10) Las informaciones de pobreza se regulan en los artículos 38 y siguientes del Texto Refundido de Reglamento para aplicación de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, y el procedimiento en orden a justificar la imposibilidad para ganarse el sustento, en sus artículos 46 y siguientes.

hablándose de relaciones paterno-filiales legítimas o naturales, para causar, o no, pensión. Además, han sido expresamente suprimidas por la Disposición Derogatoria Primera 1.b) del Real Decreto Legislativo 670/87, que ha sustituido el art. 31.1.E por el número 1 del artículo 41 de dicho Texto Refundido, y ha dado nueva redacción al artículo 33, conforme a la cual se reitera que todos los huérfanos «cesarán en el cobro de la pensión al cumplir la edad de 21 años o al desaparecer la causa de su imposibilidad física», disponiéndose, además, en su segundo párrafo, que todos, también, «cesarán en el percibo de la pensión al contraer matrimonio» (sin que subsista ya, por consiguiente, la posibilidad de rehabilitación para las huérfanas, caso de enviudar), y habiéndose derogado, asimismo, el anteriormente aludido apartado 3º del artículo 33, al igual que su homónimo precepto del Estatuto de Clases Pasivas.

d) Únicamente, si al fallecimiento del causante no quedaran viuda ni hijos, se podrá causar pensión en favor de los padres (art. 31.1.F).

e) Se reitera, para poder causar pensión ordinaria de orfandad, la exigencia, ya requerida por la Ley 112/66, de dos trienios de servicios (excepto cuando el fallecimiento se hubiera producido dentro de los seis primeros años de servicio ininterrumpido (art. 29)), y su cuantía se cifra, también, en el 25% de la base reguladora, establecida por arreglo al artículo 21 (art. 30) (11).

f) Por los que se refiere a las pensiones extraordinarias de orfandad, no se exige período de carencia alguno, pudiendo causarse «cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados», y su cuantía será el 100% de la base reguladora (art. 34.1) (12).

g) Por último, también se requería la nacionalidad española para causar y percibir pensión de orfandad, (art. 13), exigencia hoy asimismo abolida, como anteriormente expusimos.

#### IV

Los principios innovadores, que acabamos de citar, base de las modificaciones descritas en la legislación de Clases Pasivas anterior a 1985, fueron expresamente formulados en la *Ley 30/84, de 2 de agosto de Reforma de la Función Pública*, en cuyo artículo 32 y en sintonía con los principios igualitarios de la Constitución y el nuevo derecho de familia, se dictan las siguientes disposiciones:

(11) Resulta también de aplicación las mejoras de porcentajes previstos para las pensiones de viudedad, por hijos menores, y para las pensiones de orfandad cuyos beneficiarios se hallaren imposibilitados para atender a su subsistencia, previstas en la Ley 19/74.

(12) Igualmente, el aumento previsto para las pensiones extraordinarias por la Ley 9/77.

a) Se establece que, en materia de Seguridad Social, «no podrá haber discriminación alguna por razón de sexo» y que «la mujer funcionario causará los mismos derechos pasivos que el varón, reconociéndose, no obstante, efectos económicos, únicamente desde el 1 de enero de 1984, a los causados con anterioridad».

b) Los derechos en favor de los familiares se extinguirán definitivamente cuando éstos contraigan matrimonio, sin que puedan posteriormente recuperarse.

c) Las pensiones de orfandad se extinguirán cuando el beneficiario, cualquiera que sea su sexo, alcance la edad de 21 años, salvo el supuesto de incapacidad absoluta para el trabajo.

d) Se dispone la incompatibilidad de las pensiones que puedan ser percibidas por huérfanos mayores de 21 años (como por ejemplo las ya reconocidas con arreglo a la legislación anterior, antes de la entrada en vigor de la nueva normativa), con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión del titular en cualquier régimen público de la Seguridad Social.

e) La pérdida de la nacionalidad española del causante no producirá la pérdida del derecho a las pensiones de viudedad y orfandad (13).

## V

*La Ley 50/84, de 30 de diciembre*, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, haciéndose eco —como expresa en su exposición de motivos— «de la Reforma de la Función Pública llevada a cabo por la reciente Ley de 2 de agosto de 1984» no sólo —estimamos— en el sistema retributivo, sino también en materia de pensiones, lleva a efecto la innovación del régimen vigente hasta entonces en Clases Pasivas, en la Sección 2ª del Capítulo II de su Título II, bajo el epígrafe «Nueva normativa en materia de Clases Pasivas del Estado».

Su ámbito subjetivo de aplicación está constituido —por lo que se refiere a las Clases Pasivas que dependen, a estos efectos, del Ministerio de Defensa—, según el párrafo primero de su artículo 27, por el «Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas» y «los Cuerpos de Seguridad del Estado».

Desde el punto de vista temporal y conforme a su artículo 26, la nueva regulación afecta a «las pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor»

(13) Los citados apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 32 que comentamos, han sido expresamente derogados por la Disposición Derogatoria 1ª.2.a) del R. D. Legislativo 670/87, habiendo sido incorporados sus principios al articulado del citado Texto Refundido.

(1 de enero de 1985) de dicha Ley, continuando, en lo no previsto en la misma, «de aplicación la normativa sobre Clases Pasivas del Estado vigente en 1984» (apartado 2). Por otra parte, los haberes pasivos causados con anterioridad a su entrada en vigor, «continuarán rigiéndose por la normativa vigente durante 1984, sin perjuicio de las normas que, contenidas en las restantes secciones de este Capítulo, le sean de aplicación» (apartado 1 del mismo art. 26).

Por lo que se refiere a las pensiones en favor de los familiares, esta nueva regulación mantiene los tres tipos tradicionales de prestaciones al respecto, pudiendo causar, pues, el militar fallecido, derechos pasivos en favor de su cónyuge viudo, de sus huérfanos o de sus padres, pero, no obstante, se introducen significativas variantes jurídicas con respecto a la normativa anterior, innovaciones que podemos sintetizar en las siguientes:

a) Se elimina toda discriminación por razón de sexo o filiación. En consecuencia, hombre y mujer causan los mismos derechos pasivos y todos los hijos reciben también el mismo tratamiento legal. Este principio igualitario, no es proclamado, sin embargo, de forma expresa y positiva en ningún precepto de la Ley, sino que se produce en virtud de una «igualación tácita», al no contener su articulado diferenciación alguna al respecto, refiriéndose siempre y genéricamente, al «funcionario», «cónyuge viudo» (art. 32), «hijos de los funcionarios fallecidos» o «huérfanos» (arts. 33 y 40) y «el padre y la madre» (art. 34), por lo que resulta de aplicación el axioma interpretativo de que donde la Ley no distingue, no se debe distinguir.

b) Resulta, en parte, alterado el antes aludido «sistema sucesorio en cascada» en las pensiones familiares.

El fallecimiento determina el nacimiento independiente de la pensión en favor del cónyuge y de los hijos, caso de aptitud legal. El artículo 32 proclama el derecho del viudo o la viuda al disfrute de haber pasivo tras el fallecimiento del causante, y el artículo 33.1, último párrafo, establece que «se concederá pensión de orfandad a cada uno de los hijos habidos por el funcionario fallecido, con independencia de la existencia de cónyuge supérstite con derecho a pensión». Se suprime, por tanto, toda mejora de pensión de viudedad por razón de existencia de hijos menores. Pero, aunque, como decimos, ambos haberes pasivos se causan de forma independiente, y, acaso, simultánea, se relacionan legalmente, no obstante, en cuanto al cálculo de su cuantía conjunta, ya que, según el artículo 33.2 párrafo segundo *in fine*, en el caso de existencia de cónyuge supérstite con derecho a pensión, el límite del haber pasivo de orfandad (caso de varios hijos del causante) no podrá superar el 50% de la pensión de retiro, reduciéndose a prorrata la pensión de orfandad, con el fin de que la suma de las pensiones de orfandad y viudedad (constituida ésta

última por el 50% de la pensión de retiro del causante), no llegue nunca a superar el 100% de dicho haber de retiro.

Asimismo, hay que destacar que, conforme al anterior régimen, cuando se causaba pensión de orfandad, constituía, no obstante, caso de existencia de varios huérfanos, una prestación única, que se distribuía en tantas partes alícuotas como beneficiarios existentes (produciéndose, pues, una coparticipación entre los mismos), y, en el supuesto de que alguno de ellos muriera o perdiera la aptitud legal para su percepción, su parte acrecía a la de los demás huérfanos. En la nueva regulación, sin embargo, las prestaciones son individuales, y se determinan separadamente para cada beneficiario huérfano, de la forma que posteriormente estudiaremos. No existe, pues, coparticipación, y si alguno de ellos falleciere o perdiera la aptitud, se procedería a llevar a cabo un nuevo señalamiento en favor de los demás, al igual que ocurriría si apareciera posteriormente algún nuevo huérfano con derecho a reconocimiento de pensión.

Sin embargo, la pensión generada en favor de los padres continúa siendo subsidiaria a las dos anteriormente citadas, adquiriéndose el derecho a la misma, tan sólo y como prescribe el artículo 34.1, «siempre que no exista cónyuge superviviente o hijos (del funcionario fallecido) con derecho a pensión».

c) La cuantía de la pensión de orfandad ordinaria, caso de existir un sólo beneficiario con derecho a la misma, se cifra en el 25% del importe de la pensión de retiro real o teórica —caso de haber fallecido en activo— del causante (14). Si la pensión fuese de carácter extraordinario, el porcentaje se reducirá al 12,5% de dicha pensión de retiro (art. 33.2, primero).

Si existieran varios huérfanos y caso de pensión ordinaria, a cada uno de ellos correspondería un 10% de aquella pensión de retiro, más el incremento resultante de dividir un único 15% de dicho haber pasivo, entre el número de huérfanos con derecho a la percepción de prestación pasiva (15), sin que en ningún caso pueda sobrepasarse el 100% de la pensión de retiro que sirva como base reguladora, o el 50%, como anticipábamos, caso de concurrir cónyuge superviviente, aminorándose a prorrata, como decíamos, el exceso (art. 33.2, segundo).

d) Por lo que se refiere a los límites de edad para la percepción de las pensiones de orfandad, podemos distinguir, con arreglo a los preceptos de la Ley 50/84, tres supuestos distintos:

(14) Calculada de la forma prevenida en los párrafos segundo, tercero y cuarto del número 2 del artículo 32 (art. 33.2, primero).

(15) A título de ejemplo, si existieran tres huérfanos con derecho al reconocimiento de pensión, a cada uno de ellos correspondería el 10% de la pensión de retiro del causante, más un 5% (tercera parte del único 15% de dicho haber de retiro), es decir, un total de un 15% de la pensión de retiro del funcionario fallecido, para cada uno.

1. *Pensiones del personal militar a que se refiere el artículo 27 primer párrafo, complemento, tropa y marinería, causadas antes de entrada en vigor de la Ley 50/84 (1 de enero de 1985) y que ya vinieran percibiéndose con anterioridad a dicha fecha:*

Seguirán sometidas a la legislación anterior bajo cuyo amparo fueron reconocidas, respetándose, pues, los derechos adquiridos y sin verse sometidas al límite máximo de percepción de 21 años, si bien el artículo 40.1 las somete a la incompatibilidad de «percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión de su titular en cualquier régimen público de la Seguridad Social», incompatibilidad que no afectará, sin embargo, a aquellos huérfanos que hubieran sido declarados incapacitados con anterioridad al cumplimiento de la edad de 21 años y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita. Los beneficiarios incursos en esta incompatibilidad, podrán rehabilitarse en el cobro del haber pasivo, una vez cesada la situación determinante de la misma.

2. *Pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 1985, pero que no vinieran percibiéndose en dicha fecha por falta de aptitud del titular o porque no concurrieran los presupuestos habilitantes para su concesión:*

Conforme al artículo 40.2, a partir de la entrada en vigor de la Ley de que se trata, no podrán ser reconocidas en favor de huérfanos (varones o hembras) mayores de 21 años, a no ser que, a 31 de diciembre de 1984,

—o bien ya se dieran en el beneficiario «todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable» para el reconocimiento de la misma (16),

—o bien, ya en esa fecha, «concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción» (17).

De esta forma, nada se opone a que, concurriendo uno de los dos mencionados requisitos al 31 de diciembre de 1984, se reconozca al beneficiario el derecho a la percepción de la pensión causada antes del 1 de enero de 1985, cuando, con posterioridad a dicha fecha, se reúna el segundo; así, a título de ejemplo, se podrá conceder el haber pasivo de orfandad a un mayor de 21 años

(16) Por «aptitud legal» ha de entenderse el hecho de reunir los requisitos subjetivos, exigidos por la Legislación de Clases Pasivas, necesarios para la capacidad personal de disfrute de derechos pasivos. En este caso, poseer un estado civil distinto del de casado.

(17) Conforme al dictamen emitido por el Consejo de Estado con fecha de 27 de noviembre de 1986, por «presupuestos habilitantes» han de entenderse «aquellas circunstancias que, sin tener carácter personal, permitan al titular percibir la pensión causada por la muerte de su padre», pudiendo, en consecuencia, ser señalados como tales: «a) la existencia de pensión de viudedad por fallecimiento del cónyuge; b) la pérdida de pensión por nuevo matrimonio de viuda; y c) privación del derecho a la pensión a la viuda, por los motivos legales; todos ellos son supuestos que tienen un denominador común: la pensión está vacante.»

en el supuesto que tratamos, si ya tenía un estado civil distinto del de casado al 31 de diciembre de 1984, que conserva (y aunque la pensión familiar no se hallare vacante, por percibirla la viuda del causante), cuando, con posterioridad a dicho 31 de diciembre de 1984, dicha viuda fallezca, reconociéndose entonces con fecha de devengo del día primero del mes siguiente al del óbito de la misma.

Este segundo apartado del artículo 40 de la Ley 50/84, podemos considerarlo, en palabras de MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ (18), como una «norma de derecho transitorio».

### 3. Pensiones de orfandad causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984:

Este tercer grupo de pensiones se regula en el artículo 33 de la Ley 50/84, resultando de aplicación, tanto a las causadas por el personal militar que se encontrase en activo a partir del 1 de enero de 1985 o que ingresase con posterioridad (de acuerdo con el párrafo primero del art. 32 en relación con el mismo párrafo del art. 27), como a las generadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985, pero causadas después de dicha fecha, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 26.2, que determina que, todas las pensiones (familiares o en favor del propio funcionario) que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley, deberán regirse por las normas contenidas en la Sección Primera de dicho Capítulo II del Título II, en la que se halla incluido el presente artículo 33 que comentamos.

Conforme a su número 1, ninguna de ellas se podrá reconocer en favor de huérfanos, de uno u otro sexo, mayores de 21 años, a no ser que, aun «siendo mayores de dicha edad, estuvieran incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita». Esta situación «se revisará periódicamente en orden a la comprobación de la persistencia en el mismo de la aptitud para ser beneficiario de haberes de orfandad».

No se incorpora al precepto, sin embargo, ningún principio de incompatibilidad por trabajo activo del huérfano en este tercer supuesto, quizás porque, dado el límite de edad establecido, puede no resultar frecuente que los posibles beneficiarios se hallen en situación laboral activa.

Pero, para la correcta interpretación y aplicación de la normativa que acabamos de exponer, resulta imprescindible no sólo precisar, como hemos hecho anteriormente, el contenido de las expresiones «aptitud legal» y «pre-

(18) En este punto, y, en general, en relación con el tema que estamos tratando, JOSÉ-LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, en su estudio sobre «la interpretación del artículo 40.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985. Dos cuestiones controvertidas en materia de Clases Pasivas». Publicado en la *Revista Española de Derecho Militar*, número 52, julio a diciembre de 1988, páginas 100 a 108.

supuesto habilitante», sino también concretar el concepto del «hecho causante» de las pensiones de orfandad, a fin de determinar la circunstancia fundamental, tantas veces aludida, de si se han «causado» con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 1985.

Y, a este respecto, hemos de afirmar que *el hecho causante* de las pensiones de orfandad —al igual que del resto de prestaciones pasivas en favor de los familiares—, *lo constituye el fallecimiento del funcionario* —civil o militar— que las genera.

Sin embargo, no es este un principio pacíficamente admitido en algunas resoluciones de los Tribunales.

Así, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1988, al aplicar las disposiciones contenidas en el anteriormente citado artículo 26 de la Ley 50/84, que, como anteriormente hemos dicho, disponía que las pensiones «causadas» con anterioridad a su entrada en vigor debían regirse —con las modificaciones introducidas por la propia Ley— por la legislación anterior, y las «causadas» después, por la nueva normativa, afirmó que dicha nueva regulación, contenida en la Sección 1ª del Capítulo II del Título II de la citada Ley 50/84, no resultaba de aplicación a los funcionarios retirados con anterioridad al 1 de enero de 1985, a la vista de que el artículo 32 establecía que sólo se ajustaría a las «normas contenidas en el presente y en los siguientes artículos...» la determinación de los haberes en favor de los familiares del personal funcionario que al 1 de enero de 1985 se encontrase en situación de servicio activo o asimilada a ésta, y, habida cuenta que el militar en cuestión se había retirado en 1979, tales haberes pasivos familiares debían regirse por la normativa anterior a la tantas veces citada Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985. «Establecida la inaplicabilidad —continúa la Sentencia— de la normativa regulada en la Ley 50/84, deviene igualmente inaplicable el límite de edad que dicha Ley establece en el artículo 33.1 de los 21 años..., jugando, como consecuencia de lo prevenido en el artículo 26.1, la legislación anterior y, concretamente, el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar aprobado por Decreto de 13-4-72, que, al no establecer en su artículo 33 límite de edad..., hace surgir para ellos el derecho a la pensión de orfandad, con la única salvedad del hecho de contraer matrimonio.»

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava de su Sala de lo Contencioso Administrativo), ha dictado reiteradas Sentencias (19), en las

(19) Entre otras Sentencias, las 780 y 781 de 19 de octubre, 967 de 16 de noviembre, 886 y 889 de 20 de noviembre, 961, 1004 y 1048 de 4, 17 y 26 de diciembre, todas de 1990; y 260, 121 y 301 de 7, 11 y 14 de marzo de 1991.

que, pese a reconocer que «el hecho inmediatamente causante» de las pensiones de retiro lo constituye dicha «jubilación o retiro», y el de las pensiones familiares «el fallecimiento del funcionario», basándose, sin embargo, en la tesis formulada en la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente aludida, se afirma que el citado artículo 26 de la Ley 50/84 requiere su propia hermenéutica, que exige que la expresión «causa» sea interpretada como «equivalente a la causación del ciclo de prestaciones de Clases Pasivas», con lo que, por consiguiente, se equipara a la jubilación o retiro del funcionario, y, en consecuencia, para dichas sentencias, la nueva normativa de la mencionada Ley 50/84 no resulta aplicable a las pensiones familiares de los jubilados o retirados con anterioridad a su entrada en vigor.

Otras Sentencias del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, abundando, por las razones expuestas, en dicha tesis de la inaplicabilidad de la normativa limitadora de la edad contenida en la Ley 50/84, sientan también la inaplicabilidad, al respecto, de «cuanto disponga el Real Decreto Legislativo 670/87, constreñido, como queda dicho, a su misión de regularizar, aclarar y armonizar lo que aquélla Ley establece» (20).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó Sentencia en fecha de 18 de octubre de 1990, en la que se sostiene también, en su Segundo Fundamento de Derecho, que las pensiones de orfandad se causan con el retiro del funcionario militar, en base a que el artículo 20 del Decreto de 13 de abril de 1972 —Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, Guardia Civil y Policía Armada—, establecía que «este personal, cuando cese en el servicio, causará para sí o para sus familiares las pensiones; luego —continúa la Sentencia— la pensión de orfandad se causó para la hoy actora el 1956 con el retiro de su progenitor». La Resolución, sin embargo, fue aprobada con el voto de disenso de uno de los Magistrados componentes del Tribunal, en el que se sostuvo que «ciertamente la pensión se causa en el momento del fallecimiento del personal correspondiente (art. 34 del Real Decreto Legislativo 670/87), y, habiendo fallecido el padre en 1988, es este el momento en el que se *causa* la pensión, y no en el momento de su jubilación o retirada del servicio activo».

Nosotros nos reafirmamos en que las pensiones familiares se causan con el fallecimiento (o con la declaración legal de fallecimiento) del personal del que derivan.

(20) Así, por ejemplo, las Sentencias números 241 de 26 de febrero, y 291 y 354 de 12 y 25 de marzo, todas de 1991.

El anteriormente citado artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, no dispone, a nuestro juicio, que el cese del militar en el servicio, ocasione, al mismo tiempo, pensión en su favor y en el de sus familiares, ni existe base alguna para identificar el hecho causante de tales pensiones, con el hecho causante del haber de retiro.

Por el contrario, entendemos que, en primer lugar, del expresado artículo se desprende que, para que se origine el derecho de prestaciones pasivas, resulta imprescindible que el funcionario (militar para nuestro caso) haya cesado previamente en el servicio. Resulta imposible la compatibilidad entre servicio activo y generación de derechos pasivos; entre la existencia de una «situación de actividad» y una «situación pasiva» coetáneas; por ello, dicho funcionario militar sólo puede causar pensión cuando, previamente, haya cesado en el servicio, como el propio artículo establece.

Ahora bien, ese «cese en el servicio» no produce, como decimos, que se cause conjunta y simultáneamente pensión en favor del funcionario y en el de sus familiares, sino que ambos tipos de pensión se causan de forma alternativa. Por ello, el artículo que comentamos emplea en su redacción la conjunción disyuntiva «o», en lugar de la copulativa «y». Es decir, cuando el funcionario militar cesa en el servicio, o bien causa pensión para sí y en este supuesto no la genera en favor de sus familiares, o bien la causa para sus familiares con su fallecimiento, en cuyo caso no es posible que la pueda percibir por sí mismo (21).

A este respecto, podríamos considerar tres supuestos distintos:

1. Cuando el personal militar cesa en el servicio activo por pasar a retirado o situación equivalente, si reúne las condiciones legales requeridas para ello, puede originar en su favor la correspondiente pensión de retiro. Dicho acto formal de retiro se constituye, así, en el «hecho causante» del haber pasivo que puede disfrutar (arts. 55 y siguientes del Estatuto de Clases Pasivas y 22 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos) ordinariamente hasta su muerte, en cuyo momento podrá causar pensión en favor de su viuda, huérfanos o padres.

2. Si el motivo de su cese en el servicio activo no ha sido el retiro, sino su óbito, entonces puede generar prestaciones pasivas en favor de sus familiares

(21) La redacción del artículo 20 del Texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos, que comentamos, resulta similar a la utilizada en el artículo 34, relativo a pensiones extraordinarias, que estimamos también debe ser interpretado en el sentido de que el personal militar que se inutilice en acto de servicio o con ocasión o como consecuencia de él, causará en su favor tales haberes pasivos extraordinarios, y, caso de que fallezca o desaparezca en tal acto de servicio, los causará en favor de sus familiares. El apartado 4 de este mismo artículo, establece que los funcionarios a quienes se hubiere otorgado pensión extraordinaria «causarán a su fallecimiento pensión familiar ordinaria, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados».

—también si concurren los requisitos exigidos por la legislación de Clases Pasivas—, sin que, como decimos, le sea posible causar, obviamente, prestación pasiva para sí mismo.

3. Por último, el funcionario militar puede cesar en el servicio activo por causa distinta del fallecimiento, pero sin originar para sí pensión alguna, por no reunir los requisitos al efecto exigidos en la Ley (por ejemplo por no haber completado el tiempo mínimo de servicios al Estado exigido como período de carencia). En este caso, y pese a no haber sido posible generar haberes pasivos en su favor, podría, sin embargo, causarlos para sus familiares, con arreglo a la Ley, en el momento en que se produzca su fallecimiento.

En cualquier caso, los haberes pasivos en favor de sus familiares, se originan sólo con su muerte, y el derecho, pues, de los huérfanos —la propia condición de orfandad sólo se origina con la muerte del progenitor— a la posible pensión, sólo puede nacer, como en el resto de las pensiones familiares, una vez que se produce el hecho jurídico del fallecimiento del funcionario —hecho causante de la misma— y se cumplen, además, todos los presupuestos previstos en la norma de Clases Pasivas que resulte aplicable, para este resultado. Por consiguiente, pues, hasta que fallece el funcionario, no puede adquirirse por el huérfano derecho subjetivo alguno a haberes pasivos, y no le es dado, siquiera, pretender una previa declaración, antes de acaecido dicho óbito, de su reconocimiento para cuando suceda en el futuro, ya que en toda la legislación de Clases Pasivas existe una interdicción expresa de ello (art. 93 del Estatuto de Clases Pasivas, art. 6º del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, y art. 17 del Real Decreto Legislativo 670/87), estableciéndose que «en ningún caso procederán las declaraciones preventivas de derechos pasivos que se soliciten con anterioridad al momento de ocurrencia del hecho causante de los mismos».

El concepto de este «hecho causante» de las pensiones de orfandad (y demás generadas en favor de los familiares), no ha sido objeto de expresa determinación legal hasta el Real Decreto Legislativo 670/87, pero puede extraerse, sin embargo, del contenido de algunos preceptos aislados de la legislación anterior (22).

(22) Entre otros, el concepto puede extraerse de los artículos 37, 47 y 65 del Estatuto de Clases Pasivas; y del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, del artículo 26, 28 (los familiares no tienen derecho a pensión sino desde la declaración legal del fallecimiento, sin que baste la mera ausencia legal del causante), artículo 34 (el personal militar causa pensión extraordinaria en favor de sus familiares cuando «fallezca o desaparezca en acto de servicio o como consecuencia de él») y artículo 37 (conforme al cual las pensiones familiares no se devengan desde «el cese por retiro», sino a partir de la fecha del nacimiento del derecho), y así se desprende también de la más diáfana redacción del artículo 18 del R.D. Legislativo 670/87.

Dicho Real Decreto Legislativo 670/87, ha explicitado, como decimos, qué debe entenderse por hecho causante de las pensiones familiares, determinándolo con carácter enunciativo y diferenciándolo formalmente del hecho causante de las pensiones de jubilación y retiro. Y así, establece en su artículo 28 que el hecho causante de estas últimas «es la jubilación o retiro del personal correspondiente», mientras que en su artículo 34 dispone expresamente que el derecho a las pensiones familiares «se causará con el fallecimiento del personal correspondiente», o bien con «la declaración de fallecimiento del ausente». Volveremos, no obstante, sobre ello, cuando procedamos al estudio concreto de la normativa contenida en dicho Real Decreto Legislativo.

Esta, estimamos, es la significación que hay que atribuir al término «causadas» empleado por la Ley 50/84 y reproducido posteriormente por el Real Decreto Legislativo de 1987 y, conforme a ella y entendiendo, por consiguiente, como hecho causante de los haberes pasivos de orfandad, el fallecimiento del personal militar del que deriva, podemos sintetizar, a modo de resumen, el régimen legal, antes expuesto, que de este tipo de pensiones lleva a cabo la citada Ley, en el siguiente esquema:

1) Pensiones de orfandad generadas por personal militar fallecido con anterioridad al 1 de enero de 1985 y que ya vinieran percibiéndose en dicha fecha: No se hallan sujetas al límite de los 21 años instaurado en la Ley 50/84, sino sujetas, tan sólo, a incompatibilidad por trabajo activo (art. 40.1, en relación con el número 1 del art. 26).

2) Pensiones de orfandad originadas por militares fallecidos con anterioridad al 1 de enero de 1985 pero que no pudieran ser percibidas en dicha fecha por el huérfano beneficiario, por falta de aptitud legal o por no concurrir el presupuesto habilitante necesario para ello: No podrán ser reconocidas a mayores de 21 años, a no ser que al 31 de diciembre de 1984, ya se dieran en dicho huérfano los presupuestos de aptitud legal, o concurren el presupuesto habilitante (art. 40.2, en relación con el número 1 del art. 26).

3) Pensiones de orfandad causadas por militares fallecidos a partir del 1 de enero de 1985, bien en situación de actividad, o habiendo pasado a retirado con anterioridad a dicha fecha: No podrán tampoco ser reconocidas en favor de huérfanos mayores de 21 años, a no ser que se encuentren afectados por incapacidad anterior a dicha edad (art. 33 en relación con el art. 32, párrafo primero y mismo párrafo del art. 27, y art. 33 en relación con el número 2 del art. 26).

Este sistema enunciado, estimamos que resulta congruente con la posterior regulación sobre la materia llevada a cabo por Real Decreto Legislativo 670/87, que en su momento trataremos.

e) Para la generación de las pensiones de orfandad (al igual que para el resto de las pensiones familiares), no se exige que el causante haya completado período alguno mínimo de carencia de servicios efectivos al Estado.

f) La falta de nacionalidad española en los beneficiarios de las pensiones de Clases Pasivas en favor de las familias, ya se hayan causado con anterioridad o se causen después, «no obstará para el reconocimiento del derecho a las mismas». De la misma forma, la pérdida de la nacionalidad española, una vez concedido el haber pasivo, no producirá tampoco la extinción del derecho al mismo (art. 19).

g) Por último, de conformidad con el artículo 35, el personal militar de complemento, tropa, marinería y reemplazo que se encuentre en activo o situación asimilada en 1 de enero de 1985 o que ingrese con posterioridad, causará pensión de orfandad de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 33 anteriormente citado, si bien al personal militar de reemplazo y voluntario con menos de 2 años de servicio, se le exige que el fallecimiento se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

## VI

La Ley 50/84, en su Disposición Final Quinta, autorizó al Gobierno para dictar, durante 1985, un Texto Refundido «regularizando, aclarando y armonizando la legislación vigente en materia de Clases Pasivas del Estado», delegación legislativa que, después de dos prórrogas otorgadas por las Cortes Generales en las Disposiciones Finales Duodécima y Séptima de las Leyes 46/85, de 27 de diciembre, y 21/86, de 23 de diciembre, cristalizó en el *Real Decreto Legislativo 670/87, de 30 de abril*, Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en el que se recoge la nueva normativa al respecto contenida en la citada Ley delegante (derogando en su Disposición de esta naturaleza Primera 2.b) sus arts. 26 a 41 —comentados en el apartado anterior—, así como su art. 47), juntamente con la legislación anteriormente subsistente después de los cambios normativos introducidos por la Constitución de 1978, las Leyes de reforma del Código Civil en materia de familia, la Ley 30/84 (derogando también, en la misma Disposición, los números 1, 2, 3, 4 y 5 de su art. 32) y la Ley 53/84. Su parte fundamental (*Título I*) comprende la legislación aplicable a los *funcionarios* incluidos en su ámbito de cobertura que «a 31 de diciembre de 1984 no hubieran ya sido jubilados y retirados, y a los derechos que éstos causen a su fallecimiento en favor de sus familiares», y contiene, además, en su *Título II*, otras normas modificativas del régimen jurídico aplicable a los derechos pasivos de los *funcionarios* que «a la indicada fecha de 31 de diciembre

de 1984 ya estuvieran jubilados o retirados y de los familiares de éstos», con exclusión de las pensiones especiales de la guerra civil.

Se compone de 64 artículos, distribuidos en un Título Preliminar y 2 Títulos (el primero de ellos dividido en Subtítulos, Capítulos y Secciones), 9 Disposiciones Adicionales, 11 Disposiciones Transitorias (23), 2 Disposiciones Derogatorias y 2 Disposiciones Finales y entró en vigor el 28 de mayo de 1987 (Disposición Final Segunda).

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, se incluyen en su ámbito personal de cobertura, según su artículo 2º (apartados b, h, j):

1. El personal militar profesional, sea o no de carrera, y el personal militar de las Escalas de Complemento y Reserva Naval.

2. Los alumnos de Academias y Escuelas Militares, a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, a Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.

3. El personal que cumpla el Servicio Militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes y los Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares.

En cuanto a la determinación de la legislación en cada caso aplicable a los derechos pasivos generados por el personal militar anteriormente citado, el artículo 3º establece las reglas siguientes, conforme a los principios, antes enunciados, contenidos en el Preámbulo del Texto Refundido que hemos comentado:

1. Se regularán por su *Título I* y disposiciones de desarrollo:

a) Los derechos pasivos (tanto de retiro como familiares) causados por el *personal militar profesional (de carrera o no) y el perteneciente a las Escalas de Complemento y Reserva Naval que, encontrándose en cualquier situación administrativa, separado del servicio o sancionado con la pérdida de empleo, no haya sido declarado retirado antes del 31 de diciembre de 1984* (art. 3º.1.a).

b) Los causados por los promovidos a Caballero Alférez Cadete, Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina, siempre que fueran alumnos de alguna Escuela o Academia Militar a partir de 1 de enero de 1985 (art. 3º.1.b).

c) Los causados por el personal militar que con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 estuviese cumpliendo Servicio Militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares que a partir de dicha fecha estuvieran cursando estudios en dichos Centros (art. 3º.1.d).

(23) Las dos últimas Disposiciones Transitorias han sido añadidas, respectivamente, por el artículo 52.6 de la Ley 37/88, de 28 de diciembre, y por el artículo 2º, apartado dos de la Ley 5/90, de 29 de junio.

2. Se regularán por la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 (24), pero «con las modificaciones que se recogen en el Título II» de dicho Real Decreto Legislativo 670/88, los derechos pasivos (de retiro y familiares) del mencionado *personal militar profesional*, Escalas de Complemento y Reserva Naval, «que con anterioridad al 1 de enero de 1985 haya fallecido o haya sido declarado jubilado o retirado» (art. 3º.2.a).

A) Como rasgos fundamentales de la regulación de las pensiones de orfandad a las que, conforme a las reglas prescritas anteriormente, resulta aplicable el Título I del Real Decreto Legislativo 670/87 (coincidentes con los principios de la Ley delegante 50/84), podemos destacar los siguientes:

a) Igualdad jurídica:

1. La mujer causará los mismos derechos pasivos en favor de sus hijos que el varón (art. 36).

2. No existe discriminación alguna por razón de sexo, entre los beneficiarios de las pensiones de orfandad.

3. A los efectos pasivos legales de orfandad, la relación paterno-filial comprende tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la legal por adopción (25), siempre que el adoptante haya sobrevivido al menos dos años, desde la fecha de la adopción (art. 41.2).

(24) A estos efectos se declaran expresamente subsistentes, como legislación anterior, por el artículo 3º.3 del Real Decreto Legislativo 670/87 y por lo que se refiere al Régimen de Clases Pasivas Militares, el Estatuto de Clases Pasivas del Estado y su Reglamento de aplicación, el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado y su Reglamento, la Ley 19/74, y la Ley 9/77, así como las disposiciones concordantes y complementarias de las mismas y cualquier otra norma con rango de Ley no derogada en 31 de diciembre de 1984, si bien todas ellas con las modificaciones operadas por las Disposiciones Derogatorias del propio Real Decreto Legislativo; además, la disposición Transitoria Novena entiende como aplicables, a efectos reglamentarios, las demás Disposiciones en materia de Clases Pasivas del Estado vigentes a 31 de diciembre de 1984, en cuanto no se opongan a lo establecido en el mencionado R. D. Legislativo 670/87.

(25) La expresión utilizada en el Real Decreto Legislativo en su artículo 41.2 respecto a la relación paterno-filial de carácter legal por «adopción plena» se encuentra hoy ya superada, por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Dicha norma legal ha eliminado la distinción entre adopción plena y simple, terminando con la pervivencia de esta última figura, «reducida —según su preámbulo— a una forma residual de escasa trascendencia jurídica que sólo se utilizaba, en la mayoría de las ocasiones, para fines marginales no merecedores de una protección eficaz», y regulando una sola forma de adopción (arts. 175 y siguientes del Código Civil) por lo que, tal como establece en su artículo 3º, a partir de su entrada en vigor, en el texto del Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida en lo sucesivo por la «adopción que regula esta Ley». Por otra parte el párrafo tercero del artículo 108 del Código Civil (redactado por Ley 11/81, de 13 de mayo), en relación con lo anteriormente manifestado sobre la Ley 21/87, dispone que la filiación matrimonial y la no

b) El derecho a pensión de orfandad asistirá a los hijos del fallecido con independencia de la existencia, o no, de cónyuge supérstite (art. 41.3), y los derechos pasivos de los distintos huérfanos son también independientes entre sí, como se desprende de la redacción y contenido del artículo 42, y del párrafo primero del propio artículo 41.3.

c) La pérdida de la nacionalidad española por parte del funcionario militar fallecido no ocasionará la pérdida de los derechos pasivos de orfandad que pudiera haber causado, y, asimismo, la pérdida o carencia de dicha nacionalidad no privará a los huérfanos de los derechos pasivos que pudieran corresponderles (art. 24).

d) La forma de cálculo para la determinación de las cuantías de los haberes pasivos de orfandad, regulada en el artículo 42 para las pensiones ordinarias y el artículo 49.2 para las extraordinarias, se corresponde con la comentada respecto a la Ley 50/84, por lo que resulta innecesaria la reiteración de su exposición, con las singularidades previstas para las pensiones de orfandad derivadas de actos terroristas en el artículo 49.3, a las que posteriormente aludiremos.

e) En el Texto Refundido de 1987 se lleva a cabo una nítida *distinción entre* las reglas que dicta para la *determinación de la legislación aplicable* a los distintos haberes pasivos que puedan en cada caso generarse (consistentes, en síntesis y como antes decíamos, en que los derivados de funcionarios retirados o fallecidos con anterioridad al 1 de enero de 1985 deben regirse por la legislación anterior con las modificaciones introducidas en su Título II, y los originados por personal que no hubiera sido retirado con anterioridad a dicha fecha, por la normativa contenida en su Título I), (art. 3º), y, como antes decíamos, la *configuración legal* del concepto del «*hecho causante*» de dichos haberes pasivos, estableciéndose, para las pensiones ordinarias de retiro, en el artículo 28, que lo constituye el «*retiro del personal correspondiente*» y, para las pensiones familiares (viudedad, orfandad y en favor de los padres), en el artículo 34, que lo constituye «*el fallecimiento del personal correspondiente*», o «*la declaración de fallecimiento del ausente*». Para las pensiones extraordinarias, y conforme al artículo 47, el hecho causante de las primeras es dicho retiro, acordado por incapacidad permanente por accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo, y el de las pen-

trimonial, así como la adoptiva. «surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código» (de conformidad con los arts. 14 y 39.2 de la Constitución).

Como antecedentes históricos hemos de reseñar que la Ley de 24 de abril de 1958 distinguió, primeramente, entre «*adopción plena y menos plena*», terminología que fue modificada por la Ley 7/70, de 4 de julio, que lo hizo entre «*adopción plena y simple*».

siones de orfandad, el fallecimiento del causante de los derechos, también ocurrido en acto de servicio o a consecuencia de él, o la declaración de fallecimiento del funcionario, desaparecido en las mismas condiciones anteriores; si bien basta la mera declaración de ausencia legal (conforme al art. 47, nueve, de la Ley 4/90, de 9 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990), cuando dicho causante fuera ya perceptor de pensión de retiro o tuviere derecho a la misma, asignándose la pensión con carácter provisional. La circunstancia de que esta determinación legal del concepto del hecho causante se encuentre incluida en el Título I, no obsta a su aplicabilidad general a la totalidad de la normativa del Texto Refundido, como pauta de observancia necesaria en orden a la correcta interpretación y aplicación del conjunto de su articulado. Asimismo, hemos de añadir que el Real Decreto Legislativo en el párrafo quinto de su propio Preámbulo, explicita que su refundida normativa resulta de aplicación a los funcionarios cuando se jubilen o retiren, y a los derechos que éstos «causen a su fallecimiento» en favor de sus familiares, y lo reitera en su artículo 18.

f) El personal militar que, a partir del 1 de enero de 1985 fuera alumno de alguna Academia y Escuela Militar y hubiera sido promovido a Caballero Cadete, Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina, podrá causar pensión de orfandad en las condiciones previstas en los artículos 41 a 43 y 47 a 50 del Real Decreto Legislativo 670/87, siendo los haberes reguladores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de las mismas, los correspondientes al empleo de Alférez o Sargento (art. 53).

g) Los alumnos de los Centros docentes militares de formación y quienes estuvieran prestando el Servicio Militar en cualquiera de sus formas a partir del 1 de enero de 1985, podrán también causar pensión en favor de sus hijos, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 670/87, según la modificación llevada a cabo por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en el caso de que fallezcan o desaparezcan en el curso de su proceso de formación o del Servicio Militar, siempre que ello se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Tales pensiones tendrán carácter extraordinario, y se regirán por lo dispuesto en los artículos 47 a 50, 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. El concepto de acto de servicio, a estos defectos, se contempla en el artículo 2 del Real Decreto 1234/90, de 11 de octubre, que reitera la posibilidad de la generación de tales pensiones de orfandad en sus artículos 1º y 3º.1.

Respecto al procedimiento para la declaración de fallecimiento en acto de servicio o a consecuencia de él, se continúa aplicando en la actualidad el regulado en los artículos 34 y siguientes del Texto Refundido del Reglamento para Aplicación de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, aprobado por Decreto 1599/72, de 15 de junio, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1647/77, de 17 de junio.

Por último, hemos de añadir que la Disposición Adicional Séptima de la Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, dispone que quienes hubieran fallecido desde el 1 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1990 a consecuencia de la prestación del servicio militar, sin haber causado derecho a pensión según lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 670/87, causarán derecho a una indemnización por importe de 2.000.000 de pesetas en favor de sus familiares, con el orden preferencial de cónyuge, hijos y padres.

h) Respecto a las pensiones de orfandad que se hayan originado como consecuencia de actos de terrorismo, el Real Decreto Legislativo 670/87 contiene un doble sistema de regulación, considerándolas siempre, sin embargo, como pensiones de carácter extraordinario:

1. Si se hubieren causado entre el 1 de enero de 1985 y el 1 de enero de 1986 por personal que se encontrase en activo, se calcularán conforme a las normas contenidas en el artículo 49, número 2 (según establece la Disposición Transitoria Octava), es decir, sobre la base reguladora del 200% de la pensión de retiro del causante, tomando como años de servicios los que le faltaran para alcanzar la correspondiente edad de retiro forzoso, y aplicando, conforme al artículo 42, el 12,50% para el caso de existir un sólo huérfano, y el 5%, caso de varios beneficiarios, para cada uno de ellos, con el incremento que arroje el prorrateo por cabeza de un único 7,50%, sin que el importe conjunto pueda rebasar el 50% de la base reguladora caso de no existir cónyuge, o el 25% si el causante hubiere dejado cónyuge supérstite. Hemos de señalar que, con anterioridad al 1 de enero de 1985, las pensiones de orfandad causadas en acto de servicio a consecuencia de atentados terroristas, tenían la consideración de pensiones de carácter extraordinario, sometidas, por tanto, a sus normas reguladoras como tales.

2. Para las causadas con posterioridad al 1 de enero de 1986, el Real Decreto Legislativo, en el apartado 3 de su artículo 49, instaura un régimen distinto, disponiendo que «su cuantía será del 200% de la pensión de retiro que se hubiera señalado en circunstancias ordinarias al causante con arreglo a las normas de este Texto». Cuando concurren cónyuge e hijos, la mitad de la pensión se asignará a este y la otra mitad se dividirá por partes iguales entre to-

dos los huérfanos. Si alguno de los copartícipes perdiera su derecho a percibirla, su cuota acrecerá a la de los demás.

Los huérfanos podrán percibir su pensión hasta los 23 años, salvo imposibilidad para atender a su subsistencia desde antes de cumplir dicha edad, en cuyo caso no les afectará el mencionado límite (art. 48.2, párrafo 2º).

Estas pensiones extraordinarias originadas en actos de terrorismo son incompatibles con las ordinarias que pudieran solicitar sus beneficiarios en base a los mismos hechos causantes, y, asimismo, son incompatibles con las extraordinarias que por los mismos hechos, prescindiendo de su motivación terrorista, pudieran corresponder (art. 50.1). Igualmente, su percibo será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público por parte de sus titulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 (art. 48.3), y, en ningún caso se percibirá cantidad alguna en concepto de indemnización por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, ni tampoco ayuda o subsidio alguno con cargo a crédito presupuestario de Clases Pasivas, juntamente con estas pensiones extraordinarias por actos de terrorismo.

Sí son, sin embargo, compatibles con indemnizaciones y resarcimientos con cargo al Ministerio del Interior, y están exentas de las normas excluyentes o limitativas de señalamiento inicial y de crecimiento de pensiones (art. 50.2). Cuando concurren en un mismo titular alguna o algunas de estas pensiones extraordinarias con otras pensiones públicas, dichas normas excluyentes o limitativas sólo se aplicarán respecto de las no procedentes de actos de terrorismo.

Los huérfanos del personal militar que, ya en situación de retirado, falleciera en atentado terrorista como consecuencia de su anterior condición de funcionario militar —sin que, por consiguiente, dicho óbito se haya podido producir en acto de servicio o como consecuencia del mismo, habida cuenta de que ya se encontraban en situación pasiva—, tienen derecho a la pensión extraordinaria prevenida en el Real Decreto Ley nº 19/81, de 30 de octubre, convalidado mediante resolución del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre del mismo año, en la cuantía del 160% de la base reguladora que hubiera correspondido para la determinación de la pensión ordinaria con la que, naturalmente, es incompatible. Se trata, por tanto, de una pensión mejorada, que, por razones de equidad, se pretende que resulte análoga a las percibidas con carácter extraordinario, estando exenta, también, de la aplicación de las normas limitativas sobre crecimiento y señalamiento inicial de pensiones. Asimismo, resulta compatible con las indemnizaciones cuya concesión pudiera corresponder al Ministerio del Interior.

i) El régimen de incompatibilidades para la percepción de las pensiones de orfandad podemos sintetizarlo en el siguiente:

1. Son incompatibles con el «desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público» de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, con las excepciones contenidas en su Disposición Adicional Novena y en su artículo 5º (arts. 33, 43, y 48.3). No se prevé incompatibilidad alguna por trabajo en el sector privado.

2. Resulta, asimismo, incompatible, la percepción simultánea de más de tres pensiones ordinarias de orfandad causadas por diferente persona, así como también la percepción simultánea de dos o más pensiones ordinarias de esta clase, causadas por la misma persona (art. 25).

3. Existe, igualmente, incompatibilidad entre la percepción simultánea de pensiones ordinarias de orfandad y pensiones extraordinarias en base a los mismos hechos causantes, así como con las pensiones generadas por actos terroristas, por los mismos hechos (art. 50).

4. Por último, no se podrá percibir, junto a las pensiones extraordinarias de orfandad, cantidad alguna en concepto de indemnización por el Régimen de Clases pasivas del Estado, ni tampoco ayuda o subsidio con cargo a crédito presupuestario de clases pasivas (art. 49.4).

j) Sólo poseen aptitud legal para ser titulares de las pensiones de orfandad, según el artículo 41.1, los hijos del causante (por filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva) «que fueran *menores de 21 años*, o que, siendo mayores de dicha edad, estuvieran incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla y tuvieran derecho al beneficio de la justicia gratuita» (26), debiendo revisarse periódicamente la situación del mayor de 21 años, en orden a la acreditación de la persistencia de las referidas circunstancias, pudiendo acordar la Administración la suspensión del pago de la pensión cuando, requerido individualmente su titular, con las formalidades reglamentarias, para que informe sobre su aptitud legal para la percepción de la misma o en relación con su situación económica, incumpla tal requerimiento, y de su actitud activa o pasiva se deduzca un propósito deliberado de eludirlo (art. 21.2).

k) Conforme al artículo 35, para que puedan ser causados los derechos de pensión de orfandad (al igual que el resto de las pensiones familiares), no resulta preciso que el causante de los mismos haya completado ningún período mínimo de prestación de servicios efectivos al Estado.

B) *El Título II* del Real Decreto Legislativo 670/87, tiene como objeto la regulación de los derechos pasivos del personal militar comprendido en el artículo 3º.2. a), es decir, de aquel que ha fallecido o ha sido declarado retirado

(26) Este artículo ha resultado recientemente modificado por el 52.3 de la Ley 31/91, de 30 de Diciembre, que, con efectos económicos de 1 de enero de 1992, admite también la incapacidad del huérfano para todo trabajo desde "antes... de la fecha del fallecimiento del causante".

con anterioridad al 1 de enero de 1985 y que, por ello, debe continuar rigiéndose por la legislación de Clases Pasivas vigente a 31 de diciembre de 1984, si bien sujeta a las modificaciones que respecto a la misma introduce, y que, conforme establece el artículo 54, son las que «se contienen en los siguientes preceptos de este Título».

Como modificaciones más significativas operadas por este Título II en la normativa anterior reguladora de las pensiones de orfandad, podemos reseñar, en relación con los aspectos que hemos venido tratando hasta ahora, las siguientes:

a) Normas relativas a la extinción de tales pensiones de orfandad, por razón de la edad de sus posibles beneficiarios:

*1. Pensiones de orfandad reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1985 y en base a la legislación vigente hasta aquel momento, y que ya vinieran percibiéndose también antes de la mencionada fecha:*

El artículo 59 del Real Decreto Legislativo 670/87 no contiene disposición alguna extintiva de las mismas, por lo que rige el principio de pleno respeto a los derechos ya reconocidos, que continuarán rigiéndose por la legislación bajo cuyo amparo fueron declarados, sin más límites de edad que los en ella establecidos (como dijimos, los huérfanos hasta los 23 años y las huérfanas, solteras o viudas, mientras conserven la aptitud legal, sin límite alguno de edad, salvo si el causante hubiera ingresado en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 29 de diciembre de 1959, en cuyo caso podrán percibirla hasta los 23 años).

*2. Pensiones de orfandad a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 (esto es, conforme al artículo 3º.2.a), las generadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985), que se hayan causado con anterioridad al 1 de enero de 1985 (es decir, conforme al artículo 34, cuando dicho funcionario militar haya fallecido con anterioridad a dicho 1 de enero de 1985), pero que no pudieran percibirse a 31 de diciembre de 1984 por falta de aptitud legal o por continuar con vida el cónyuge del acausante del derecho, se extinguirán definitivamente siempre que el derechohabiente sea mayor de 21 años (por lo que no le podrá ser reconocida) y no esté incapacitado para todo trabajo desde antes de cumplir dicha edad, teniendo además derecho al beneficio de la justicia gratuita, a no ser que:*

- *O bien a 31 de diciembre de 1984, el huérfano beneficiario se encontrase ya en posesión de los necesarios requisitos de aptitud legal para su reconocimiento,*
- *O bien la pensión se encontrase ya vacante en la mencionada fecha.*

En cualquiera de estos dos supuestos, podrá ser concedido el haber pasivo de orfandad pretendido (27), de conformidad con lo prevenido en el artículo 59.2, párrafos segundo y tercero, en relación con lo dispuesto en los artículos 3º.2.a) y 54.

3. *Pensiones de orfandad a las que resulte aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984* (es decir, repetimos, originadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985 conforme al artículo 3º.2.a), *causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984* (esto es, de acuerdo con el artículo 34, cuando dicho funcionario militar haya fallecido con posterioridad al 31 de diciembre de 1984).

*No se podrán percibir cuando su titular sea mayor de 21 años de edad, salvo la incapacidad anteriormente apuntada (art. 59.2, párrafo primero, en relación con los arts. 3º.2.a) y 54).*

Estos son los criterios actualmente aplicados por el Ministerio de Defensa, tanto para el reconocimiento de las pensiones de orfandad por la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Personal y Pensiones Militares), como para la resolución de los recursos de alzada y reposición interpuestos por los interesados, y resultan, como dijimos, sustancialmente coincidentes con los preceptos paralelos de la Ley 50/84, evidenciándose aquí mejor, merced a la nueva redacción del número 2 del artículo 59 del Real Decreto Legislativo 670/87, la imposibilidad antes comentada, de que el término «causadas» pueda ser equiparado al inicio del ciclo de las prestaciones de clases pasivas, identificándolo con el retiro de funcionario fallecido, pues esta interpretación daría lugar a una contradicción en el seno del citado precepto, que lo privaría de sentido y haría imposible su aplicación. Así, por ejemplo, sabemos que su párrafo primero se refiere a las «pensiones de orfandad a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984» pero que fueran «causadas» con posterioridad a dicha fecha. Y que, conforme al (artículo 3º.2.a), los haberes pasivos que se rigen por la legislación anterior a 1985 son los de aquel personal militar retirado antes del comienzo de dicho año. Si por «causadas» tuviéramos que entender también la fecha del retiro, ello obligaría a interpretar el mencionado precepto en el sentido de que «las pensiones de orfandad del personal militar retirado hasta el 31 de diciembre

(27) La procedencia de la concesión de estas pensiones de orfandad cuando concurren ambos requisitos (aptitud legal y presupuesto habilitantes), siempre que a 31 de diciembre de 1984 ya existiera al menos uno de ellos, resulta avalada por el dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1986 y, entre otras, por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1989, que negó el reconocimiento de pensión porque, en la mencionada fecha, no se habían dado ninguno de los dos requisitos reseñados.

de 1984, pero que se haya retirado con posterioridad a dicha fecha, no se percibirán...», lo que conduce al absurdo, debiendo, por tanto, ser rechazado. Esta distinción entre la legislación aplicable y el momento del hecho causante de pensión, también se contiene en los dos artículos precedentes, 57 y 58.

b) Conforme a los principios de igualdad jurídica, según el artículo 61 en relación con el 36, la mujer causará los mismos derechos pasivos de orfandad que el varón, si bien los nuevos derechos económicos que puedan surgir, sólo podrán tener efectividad económica desde el 1 de enero de 1985, y, en caso de coparticipación con antiguos titulares que ya vinieran percibiendo la pensión de que se trate, tales efectos económicos se contarán únicamente desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se acuerde su reconocimiento (art. 61 en relación con el art. 37), si bien, la Administración satisfará al nuevo titular de derechos el importe de las diferencias que pudieran existir entre lo percibido por los antiguos o actuales titulares y lo debido percibir por el nuevo cobeneficiario durante el período comprendido entre el nacimiento del derecho y la fecha de los efectos económicos del nuevo señalamiento.

c) Conforme al artículo 56 en relación con el 24, también queda eliminada toda discriminación contenida en la legislación anterior a 1985 por razón de nacionalidad, como contraria al principio constitucional de igualdad y, a tal efecto, la pérdida de la nacionalidad española no privará de la pensión de orfandad que pudiera haber causado, y asimismo, dicha pérdida o carencia por parte de los hijos, no impedirá el reconocimiento en su favor de los derechos pasivos de orfandad que pudieran corresponderles, si bien los efectos económicos se contarán desde el momento del nacimiento del derecho, pero con el límite máximo de 1 de enero de 1985.

d) Incompatibilidades por razón de trabajo: Tal y como previenen los artículos 57 (en relación con el 43) y 58, todas las pensiones de orfandad a las que resulte aplicable la normativa anterior al 1 de enero de 1985, son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público, en los términos anteriormente descritos, si bien los efectos económicos de dicha incompatibilidad sólo se producirán a partir del 1 de febrero de 1985, o de la fecha posterior que en cada caso corresponda (art. 57).

Además, aquellas causadas con anterioridad a 1 de enero de 1985 y reconocidas en favor de huérfanos mayores de 21 años, y siempre que sus perceptores no estuvieran incapacitados para todo tipo de trabajo desde antes de cumplir dicha edad y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita, son también incompatibles con la «con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social».

e) Por último, a tenor del artículo 63 en relación con el artículo 21.2 la Administración, al igual que anteriormente comentábamos respecto a las pensiones de orfandad a las que se refiere el Título I, podrán suspender el pago de las pensiones de orfandad a las que resulte de aplicación la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, por reticencia de los beneficiarios para informar sobre sus requisitos de aptitud legal que les permitan continuar en su cobro, y ello cualquiera que sea la fecha de arranque de tales pensiones de orfandad y su legislación reguladora, pero con efectos para las causadas con anterioridad al 1 de enero de 1986, desde la expresada fecha.

# LAS FALTAS LEVES EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR (1)

Félix José HIDALGO PRADO  
Comandante de Infantería DEM  
Licenciado en Derecho

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS: DERECHO ADMINISTRATIVO. 2. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR. 3. LA DISCIPLINA MILITAR. II. EL ACTUAL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS: 1. BREVE RESUMEN HISTÓRICO. 2. INTRODUCCIÓN. 3. OBJETO DE LA LODM. 4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR: A) *Legalidad*. B) *Tipicidad*. C) *Non bis in idem*. D) *Prescripción*. E) *Tutela judicial efectiva*. F) *Interdicción de la indefensión*. G) *Otros principios*. 5. LA POTESTAD DISCIPLINARIA. III. LAS FALTAS LEVES: 1. LOS TIPOS. 2. LAS SANCIONES A IMPONER. 3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: A) *Objetivos*. B) *Obligación de proceder*. C) *El parte*. D) *El instructor*. E) *Fase de instrucción*. F) *Fase de resolución*. 4. LAS GARANTÍAS DEL SANCIONADO: A) *Regulación por ley orgánica*. B) *Respeto de los derechos constitucionales*. C) *Proporcionalidad entre conducta y sanción*. D) *Individualización de la sanción*: a) *Circunstancias que concurren en las personas*. b) *Atenuantes específicas militares*. c) *Referencia a la afección al interés del servicio*. E) *Condición personal del infractor*. F) *Las RR. OO. FAS*. G) *La LODM*: a) *El artículo 8º*. b) *El artículo 9º*. c) *Los artículos 19 a 32*. d) *El artículo 37*. e) *Título IV, Capítulo V de la LODM*. f) *Disposición adicional Cuarta de la LODM*. H) *Notificación de la resolución recaída al interesado*. 5. LOS RECURSOS: A) *En las RR. OO. FAS*. B) *En la LODM*: a) *Artículo 49*. b) *Artículo 50*. c) *Artículo 51*. d) *Artículo 53*. IV. RECAPITULACIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS: DERECHO ADMINISTRATIVO

Como por todos es conocido, la transgresión del orden establecido para el buen gobierno de una sociedad da lugar al nacimiento del ilícito; el ordena-

(1) Abreviaturas usadas en el presente artículo:

- LODM: LO 12/1985, de 2 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Modificada por LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y por LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
- CPM: LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

miento jurídico reacciona frente a él mediante la imposición de penas, si el ilícito es penal, o de sanciones administrativas, si la norma conculcada es administrativa.

La Administración tutela su organización, y el orden que ésta requiere, mediante un acto característico: las sanciones administrativas de autoprotección, cuyo núcleo fundamental lo constituyen las sanciones disciplinarias que, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRIA, se pueden definir como a aquéllas que se imponen a las personas que están sometidas a una relación de sujeción especial con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación» (2). Algunos autores, como MOZO SEOANE y OCTAVIO DE TOLEDO, someten a crítica esta teoría de las relaciones de sujeción especial.

Dentro de estas sanciones disciplinarias estudiaremos una parcela limitada de las mismas, las sanciones disciplinarias militares, que forman parte, en nuestra opinión, del Derecho Administrativo, como trataremos de demostrar a continuación.

Las sanciones disciplinarias militares, por la singular caracterización jurídica de las FAS, pueden afectar la esfera de la libertad personal de sus componentes; por ello deben gozar de unas especiales garantías que pondremos de manifiesto seguidamente. Por afectar a derechos fundamentales —cual es la libertad— la regulación del régimen disciplinario militar debe hacerse mediante ley orgánica, según dispone el artículo 81 de la vigente Constitución española de 1978. Ello nos brinda una especial garantía desde el nacimiento mismo de la norma reguladora de las sanciones dis-

— FAS: Fuerzas Armadas.

— STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

— STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

— DDM: Derecho Disciplinario Militar.

— RR.OO.FAS.: L. 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

— TC: Tribunal Constitucional.

— OM: Orden Ministerial.

— RR. OO.: Reales Ordenanzas.

— CP: Código Penal.

— CJM: Código de Justicia Militar (de 1945).

— CE: Constitución española (de 1978).

— LOPM: LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

— LPA: Ley de Procedimiento Administrativo.

— DALPA: Decreto 1408/1986, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos militares.

(2) GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1983, 4.ª Edición, tomo II, págs. 148 y 149.

ciplinarias militares y es la de su aprobación por mayoría absoluta del Congreso.

Además, y por esa configuración especial de las FAS, es en nuestra Carta Magna en donde se autoriza *a sensu contrario* a imponer sanciones que puedan implicar privación de libertad, facultad, por otra parte, vedada a la Administración civil; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 25: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.»

Las sanciones disciplinarias militares se regulan en la LODM y cumplen los requisitos exigidos en la vigente *lex superior*, como quedará probado a lo largo del presente trabajo, en el que se intentará demostrar la existencia de un procedimiento sancionador, la institucionalización de los recursos en materia sancionadora y la existencia de unas garantías para el sancionado.

En la actualidad no hay duda de que las sanciones disciplinarias militares son realmente sanciones administrativas puras, y ello por el carácter exclusivo del artículo 6º del vigente CPM, que dice: «El presente Código no comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas» (3).

Esta era una idea muy clara en la voluntad del legislador según puso de manifiesto en el preámbulo del mencionado CPM al puntualizar:

«Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la Ciencia del Derecho Penal son factores que requerían, no ya una nueva reforma de las leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar en el que se acojan las más depuradas técnicas sobre la materia. De acuerdo con este planteamiento, vienen a separarse del presente Código las materias procesales y disciplinarias para limitar su contenido al Derecho Penal material.»

Con ello se consigue, en palabras de ROJAS CARO, la superación del Código-vademécum, «al que el aplicador del Derecho militar acudía porque allí estaba todo el Derecho que había que aplicar» (4).

(3) Teoría opuesta sostienen los profesores GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ al manifestar que «el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar» (*op. cit.*, pág. 149). ROJAS CARO se pronuncia en este sentido al sostener «no se puede compartir, sin embargo, la afirmación de GARCÍA DE ENTERRIA cuando sostiene que en el Derecho constituido las sanciones disciplinarias militares no son susceptibles de ser incluidas dentro de la categoría de las sanciones jurídico-administrativas (...) no hay duda de que las infracciones y sanciones previstas para los militares en la LD son estrictamente administrativas».

(4) ROJAS CARO, J. *Derecho Disciplinario Militar*. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 29.

MOZO SEOANE defiende la existencia de una *diferencia cualitativa* entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario al afirmar «el Derecho disciplinario tutela un interés meramente *interno*, sin trascendencia fuera del ámbito “doméstico” en el que opera, mientras el Derecho penal refiere su protección a intereses socialmente relevantes, de naturaleza *externa*. Dado ese diferente campo de referencia, los ilícitos respectivos son, por tanto, de distinta entidad cualitativa» (5).

Para dejar suficientemente claro que el Régimen Disciplinario de las FAS es Derecho Administrativo se puede acudir al artículo 7º de la LODM: «Constituirá falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal», o a su Disposición Adicional Cuarta: «La Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley Procesal Militar serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta Ley.»

La doctrina actual se va a inclinar mayoritariamente por esta conclusión, y así lo sostienen los profesores ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO al incluirlo dentro del «Derecho Sancionador» (6) o LÓPEZ RAMÓN cuando afirma «... interesa resaltar la primera distinción, entre lo sancionatorio-penal y lo sancionatorio-disciplinario (o administrativo). Separación de materia difícil, sin duda, de apoyar dogmáticamente pero que cuenta con una plasmación jurídico-positiva muy clara. Leyes diferentes, para evitar confusiones»; para poner de manifiesto, posteriormente, la existencia de un «recurso contencioso-disciplinario militar» que aparece en el artículo 52 de la LODM: «... pondrá fin a la vía administrativa y contra la misma podrá interponerse, en el plazo de dos meses, recurso contencioso-disciplinario militar» (7). En este sentido véase la STC de 15 de junio de 1981: «La separación entre Derecho Disciplinario y Derecho Penal Militar adquiere así un relieve especial, pues dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplinaria para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías. De aquí la preocupación que se manifiesta

(5) BLECUA FRAGA, R. y otros. *Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 182.

(6) ALVAREZ ROLDÁN, L. B. y FORTÚN ESQUIFINO, R. *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 37.

(7) LÓPEZ RAMÓN, F. «El recurso contencioso-disciplinario militar», en *Documentación Administrativa*, número 220, octubre-diciembre de 1989, pág. 86; y también en «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista española de Derecho Administrativo*, número 54, abril-junio de 1987, págs. 165-166.

en la doctrina y se refleja en las más recientes reglamentaciones disciplinarias militares, por restringir el campo de la acción disciplinaria, bien reduciendo los supuestos sometidos a dicha acción, bien limitando el tipo de sanciones que a través de ella pueden imponerse, bien exigiendo para determinadas sanciones un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales.»

Después de todo esto y de acuerdo con los autores citados se podría decir que nos encontramos ante una nueva regulación de los ilícitos disciplinarios militares y de sus sanciones, ante un Derecho Administrativo Sancionador Militar, alcanzando el principio de «unidad jurisdiccional» que proclama la Constitución en su artículo 117.5, teniendo en cuenta la peculiaridad de la «jurisdicción militar» recogida en el mismo precepto, retornando al sistema anterior a 1890, en cuanto a forma de regulación (normas independientes), pero dando un paso adelante en cuanto a tecnicismo. Esta doctrina es rechazada por mi maestro el profesor LÓPEZ RAMÓN al afirmar que «el alcance del artículo 117.5 de la Constitución no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional para la Jurisdicción Militar. (...) La legalidad no puede atribuir competencias a la Jurisdicción Militar fuera del ámbito castrense, pero sí puede sustraerle las que encajan en tal ámbito. No todo lo castrense es necesariamente para la Jurisdicción Militar, sino sólo lo que, dentro de lo castrense, decida la Ley.

Esta interpretación es la que resulta más acorde con el principio de unidad jurisdiccional...» (8).

## 2. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Establecido que los ilícitos administrativos puramente militares constituyen el Derecho Administrativo Sancionador Militar —parte del Derecho Administrativo Sancionador del Estado—, este Derecho encierra un concepto muy amplio susceptible de ser dividido, para su mejor comprensión, en:

- *Un Derecho Administrativo Sancionador*, que atribuye a la Administración militar la facultad de imponer sanciones a los ciudadanos en general dentro del ámbito de su competencia. Piénsese, por ejemplo, en todas las sanciones que se derivan del incumplimiento de la Ley de Servicio Militar o su Reglamento o de aquellas otras que pueden estable-

(8) LÓPEZ RAMÓN, F. «El recurso contencioso-administrativo militar», en *Documentación Administrativa*, número 220, octubre-diciembre de 1989, pág. 100.

cerse para sancionar los ilícitos previstos en la Ley de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

— *Un Derecho Disciplinario Militar*, entendido como el conjunto de normas que regulan la potestad del Mando para sancionar, en vía disciplinaria, con correcciones que implican situaciones restrictivas o privativas de libertad, y que afectan al personal militar en determinadas situaciones militares (9).

Acuñado este término, de Derecho Disciplinario Militar, a él nos referiremos desde este momento considerándolo como elemento comprensivo de todas las normas que lo regulan, pero no olvidando que, como Derecho especial que es, supone una mayor gravosidad para quienes deben soportarlo: así, en palabras de HIGUERA GUIMERA «el Derecho Disciplinario Militar, en relación con el Derecho Disciplinario general, supone notoriamente un “plus” de rigurosidad y de dureza (...) puesto que al concretarse los actos o comportamientos ilícitos disciplinarios, éstos suponen un mayor recorte de los derechos y de las libertades cívicas y, por otra parte, las sanciones previstas son más graves...» (10).

Es, llegado a este punto, necesario la referencia a otro término para el mejor conocimiento del tema.

### 3. LA DISCIPLINA MILITAR

Que los Ejércitos sean una organización estructurada de modo peculiar es una noción tan común y extendida que nos resulta familiar, siendo difícil concebir su existencia bajo formas distintas de las que la tradición ha modelado a través de su experiencia secular. Y la exigencia de actuar en condiciones de cohesión, rapidez y de eficacia que la misión de las FAS requiere, sería imposible aflojando los lazos jurídicos, permitiendo la discusión de las órdenes y reduciendo, en fin, la disciplina a una «difusa» obligación general de subordinación.

Disciplina definida por nuestro diccionario de la Lengua Española como «doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral» y también como

(9) Las situaciones militares se encuentran contempladas en la OM 43/86, de 27 de mayo, por las que se aprueban las Instrucciones para la Aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la L 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y en el RD 1385/1990, de 8 de noviembre, del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.

(10) HIGUERA GUIMERA, J. F. *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990, I Parte General, págs. 52-53.

«observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto», sirviéndonos ambas acepciones, ya que son válidas para la disciplina militar.

FRANCISCO VILLAMARTIN (1833-1872), Comandante de Infantería y eminente tratadista militar, en su obra «Nociones de Arte Militar» (11) nos proporciona este concepto de la disciplina: «La disciplina es el respeto al ciudadano, a la propiedad; es el aprecio de sí mismo, el aseo, los buenos modales, la aversión a los vicios, la puntualidad en el servicio, la exactitud en la obediencia, el escrupuloso respeto a las leyes y reglamentos, la austera dignidad en la subordinación; sin ella el Ejército es odiado en su mismo país; con ella es amado hasta del enemigo; ella conserva en toda su fuerza las demás virtudes; al relajarse, se relajan todas; por consiguiente, celando y fomentando ésta se asegura el imperio de las demás».

En el artículo 11 de la RR. OO, se preceptúa: «La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada»; para señalar en el artículo 28: «la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado...»; y en el artículo 34: «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Hemos visto que la disciplina constituye uno de los pilares fundamentales de las FAS y por ello debe defenderse, pero también hemos de señalar que disciplina y obediencia ciega no son equivalentes, sino que más bien se encuentran reñidas, y así se hace saber en esa corta andadura, antes emprendida, por los primeros artículos de las RR. OO.

Podemos afirmar que la LODM es de trascendencia evidente por estar inspirada, en gran parte, en la doctrina creada por nuestro Tribunal Constitucional que ya en su temprana sentencia de fecha 15 de junio de 1981 decía: «En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la Disciplina constituyen valores esenciales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas en los procesos judiciales, pues su RAZON DE SER reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar.»

(11) MINISTERIO DE LA GUERRA. *Obras selectas de Don Francisco Villamartin*. Madrid, 1883.

El Derecho Disciplinario Militar, a la vista de lo expuesto, va a constituir un «punto de equilibrio» entre la DISCIPLINA, valor supremo y esencial de las FAS, y las garantías individuales previstas en la Constitución y las Leyes que la desarrollan.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo dice: «la disciplina es así, pues, una exigencia estructural que garantiza el cumplimiento de las órdenes emanadas del mando y ha de ejercitarse de forma eficaz e ininterrumpida, en cuyas exigencias radica *la ratio legis* del derecho disciplinario, que ...» (12).

Podemos concluir, por todo lo expuesto, que la disciplina militar va a constituir el principal bien jurídico protegido por la LODM.

## II. EL ACTUAL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS

### 1. BREVE RESEÑA HISTORICA

El castigo de las faltas disciplinarias y delitos militares en territorio español tienen una vasta tradición; así se puede hablar de instituciones como la *devotio* instaurada por los iberos, o la *decimatio* romana, aunque en esta época no existía una clara delimitación entre infracciones penales y disciplinarias.

En tiempo de los godos en el Libro IX del *Liber iudiciorum* se establecen nuevas normas sancionadoras para los ilícitos cometidos por las tropas. La invasión árabe va a suponer un retroceso en la legislación sancionadora militar.

Hasta la finalización de la Reconquista los castigos se recogen en los diferentes fueros (en el de Teruel ya se sancionan los delitos contra el Derecho de gentes, por ejemplo) al principio, para ir cristalizando posteriormente en normas de carácter más general, como *el Fuero Juzgo*, o la *Compilación de Huesca* de 1247, para llegar al texto más trascendental de la alta edad media: LAS SIETE PARTIDAS; en el Reino de Aragón se dan, en 1354, las *Ordinaciones*, primera regulación de la disciplina de la Marina de Guerra.

Con la unificación española conseguida por los Reyes Católicos llegan los ejércitos con carácter de estabilidad y se hace necesaria la regulación de la dis-

(12) STS 5ª número 8 de 1 de octubre de 1990, Ponente Sr. Tejada González. (Recurso de casación 2-5-90, del Ministerio Fiscal por infracción de las normas del ordenamiento jurídico contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 1990, dictada por la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero en procedimiento contencioso disciplinario militar preferente y sumario número 6/89.)

ciplina en el ámbito militar, apareciendo la figura de los Auditores que acompañan a los ejércitos en campaña, y dictándose diferentes «ordenanzas» que tratan de corregir la creciente relajación de la disciplina militar.

La llegada de los Borbones al trono de España va a proporcionarnos en el siglo XVIII, las Segundas de Flandes, ordenanzas, del más puro estilo francés que instauran en nuestro Ejército la figura del *Consejo de Guerra*. Otro Borbón, Carlos III, nos dotará en 1768 de las famosas ordenanzas, que llegan hasta nuestro días (son sustituidas por las de Juan Carlos I en 1978).

Llega la codificación a España en el XIX, pero el primer Código Penal Militar no verá la luz hasta 1884 y cuatro años más tarde lo hará el Código Penal de la Marina de Guerra (texto que permanecerá vigente hasta el CJM de 1945). Coetánea de aquel primer Código Penal del Ejército será la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales militares, para nacer dos años después la Ley de Enjuiciamiento Militar; todos ellos de efímera duración, pues en 1890 aparece el Código de Justicia Militar (texto que reúne las tres normas derogadas), y que será derogado por el CJM de 1945.

El CJM sigue un criterio unificador, constituyendo un texto único y de aplicación general para los tres Ejércitos, regula las normas procesales, las orgánicas, las penales y las disciplinarias; en él se regulaba todo el Derecho sancionador militar a aplicar. Sufre algunas reformas hasta su total derogación, siendo las más importantes las de 1949, 1978, 1980 y 1981.

Como consecuencia de los pactos de la Moncloa se va a reformar la legislación militar en varias fases aplicando los principios constitucionales reforma que se verá finalizada con la próxima publicación de la nueva regulación penitenciaria militar; en lo que a disciplina y faltas leves se refiere el texto fundamental será la LODM.

## 2. INTRODUCCION

El actual Régimen disciplinario de las FAS se encuentra recogido, fundamentalmente, en la ya citada LODM y en las instrucciones que, para su aplicación, dictó el Ministro de Defensa. Pero ¿qué se persigue con esta normativa? La respuesta a este interrogante nos la proporcionan ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO cuando le atribuyen las siguientes finalidades: «Dotar a las FAS de un instrumento legal suficiente que garantice, en la esfera no delictiva, el imperio de la disciplina y el estricto cumplimiento de los deberes castrenses (cumpliendo su misión y acatando las RR. OO.) y en el cotidiano cumplimiento del Servicio Militar (obligatorio, voluntario o pro-

fesional) el respeto a la dignidad de las personas y no conculcar los derechos individuales inalienables» (13).

Los mismos autores van a darnos la pista en el ámbito de aplicación. En cuanto al ámbito material, «abarcará toda infracción ordenancista no delictiva», conclusión a la que llegan estudiando la LODM dentro del ordenamiento: haciéndolo de forma excluyente o negativa mediante la fijación de un techo superior, el CPM; y de forma integradora o positiva al marcar un lindero inferior, las RR. OO. FAS. En cuanto al ámbito personal de aplicación, en el artículo 3º de la LODM se dice que son «los militares», concepto no definido en esta Ley y que debe: ... extraer del artículo 8º del CMP; además lo encontramos aclarado por la OM 43/86, significando que los alumnos de los centros de enseñanza militar, en la «esfera escolar», quedan excluidos de la aplicación de esta Ley (véase su Disposición Adicional Tercera) (14).

### 3. OBJETO DE LA LODM

El objeto de la LODM viene expresado en su artículo primero y se encuentra aclarado y esquematizado en la OM 43/86 de la siguiente forma:

#### GARANTIZAR:

- a) La observancia de las RR. OO. y demás normas que rigen la institución militar.
- b) El cumplimiento de las órdenes del mando —poder u autoridad que tiene sobre las personas subordinadas—: se debe acudir al artículo 12 del CPM para encontrar el concepto de «superior» y al artículo 19 para extraer el de «órdenes».
- c) El respeto al orden jerárquico (en este caso viene definido en el art. 12 de las RR. OO. FAS.: «el orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares...»).

Debemos señalar, para completar el análisis del objeto de la LODM, lo que queda excluido de su ámbito:

- a) Los delitos militares y sus penas (recogidos en CPM).
- b) Los delitos y faltas comunes (en CP, y legislación penal especial).

(13) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. y ... *Op. cit.*, pág. 28.

(14) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. y ... *Op. cit.*, pág. 29.

- c) Las sanciones por faltas cometidas en el desempeño de funciones judiciales, que pertenecen a la potestad disciplinaria judicial.
- d) La responsabilidad civil (el perjudicado por la falta deberá acudir a la vía civil o penal según corresponda).

Con todo ello queda delimitado el objeto de la LODM.

#### 4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Los principios que operan en el Derecho Disciplinario Militar son los generales que rigen y orientan el Ordenamiento Jurídico español con algunas matizaciones, que intentaremos poner de relieve en las líneas siguientes en las que hablaremos de los más importantes.

##### *A) Principio de Legalidad*

Considerado básico en la formulación del Estado de Derecho, es un logro de la cultura contemporánea respetado tradicionalmente en los Ejércitos; así en el artículo 182 del CJM se afirmaba: «No será castigado ningún delito ni falta militar con pena o correctivo que no se hallen establecidos en Ley anterior a su perpetración.»

En el mismo sentido las RR. OO. FAS, en su artículo 198, sostienen que «los delitos y faltas cometidos por militares, así como las conductas deshonorosas e indignas, se corregirán o juzgarán con arreglo a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar y demás Leyes Penales, según proceda».

Este principio es exigido en nuestra Carta Magna en sus artículos 9º.3 y 25.1 y se puede contemplar en una triple vertiente:

*Legalidad de la infracción*, según se recoge en el artículo 7º de la LODM: «Constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal.»

*Legalidad de la sanción*, establecida en el artículo 2º de la LODM: «Las infracciones disciplinarias en los Ejércitos darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones establecidas en esta Ley.»

*Legalidad sancionadora*, que viene recogida en el artículo 5º de la LODM: «La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas se atribuye a (...) y Mandos a quienes por su función o cargo corresponda, según lo regulado en la presente Ley.»

Se desarrolla para cada Autoridad o Mando en los artículos 18 a 32 (a. i.). Sólo determinadas personas pueden sancionar —no por el empleo sino por el cargo o función desempeñados—; el resto no puede hacerlo.

## B) Principio de Tipicidad

Es consecuencia de los mismos preceptos constitucionales y tiene su expresión para las infracciones en los artículos 8º (faltas leves), 9º (faltas graves) y 59-60 (conductas que dan lugar a la instrucción de expediente gubernativo); y para las sanciones en los artículos 10 a 16 (para las faltas leves y graves) y 61 a 64 (que regulan las sanciones disciplinarias extraordinarias).

La observancia concreta de estos principios (Legalidad y Tipicidad) en la LODM, como acabamos de ver, se efectúa escrupulosamente en cuanto que tipifica las infracciones, delimita las sanciones aplicables a las mismas, asigna facultades concretas para su imposición a órganos militares-administrativos determinados delimitando sus atribuciones respecto a cada infracción y a cada sanción y establece el procedimiento sancionador adecuado a cada supuesto.

*Especial referencia al artículo 8º.33:* Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ ponen de manifiesto el peligro que suponen «ciertas cláusulas abiertas que han pretendido calificar como sancionable cualquier infracción normativa de cualquier especie», ya que «esta técnica genérica de calificación del ilícito volatiliza en rigor el principio de tipicidad que exige determinaciones más acotadas y precisas y no una remisión en blanco que puede llevar a cualquier norma mínima...»; lo mismo dicen de «las infracciones puramente deontológicas de apreciación abierta virtualmente» (15).

Pues bien, podemos transcribir su teoría al contenido del artículo 8º.33 de la LODM: «Las demás que, no estando castigadas en otro concepto, constituyen leve desobediencia o ligera irrespetuosidad para los jefes y superiores. infieran perjuicio al buen régimen de los ejércitos o consistan en la infracción u olvido de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas y demás disposiciones que rigen la Institución Militar.»

Y sostener que quedaría en entredicho el principio de seguridad jurídica que el artículo 9º.3 del título preliminar de nuestra Lex Superior proclama, si esa indefinición de las conductas que constituyen el ilícito a sancionar persistiese al imponer el correctivo oportuno; pero nos encontramos ante una ley penal en blanco porque la conducta (acción u omisión) a sancionar se encuentra definida en otra norma a la que la LODM se remite, y que es preceptivo citar a la hora de sancionar, por lo que los principios de legalidad y tipicidad quedan salvaguardados.

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA y ... *op. cit.*, tomo III, págs. 165-166.

### C) Principio non bis in idem

Aunque no se encuentra recogido explícitamente en la Constitución, es un principio general del Derecho cuya vigencia recoge el TC en varias sentencias, entre ellas la de 30 de enero de 1981 y la número 94, de 8 de julio de 1986, que establecen «la prohibición expresa y concluyente de que Autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionen repetidamente una misma conducta».

También prohíben «la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos en los cuales exista coincidencia de identidad del sujeto, hecho y de fundamento». En este sentido se ha pronunciado, también, el TS (STS 2ª de 12 de mayo de 1986, de 2 de junio de 1987 y de 27 de abril de 1989, entre otras).

Para abrir la vía a la doble sanción en aquellos supuestos «derivados de la relación de supremacía de la Administración», en los que esté justificado el ejercicio del «IUS PUNIENDI» del Estado y a la vez la potestad sancionadora de la Administración.

Ello nos lleva a afirmar que este principio es de aplicación no tan tajante, ya que es posible la doble punición (sanciones penal y administrativa) si los bienes jurídicos vulnerados, por una misma conducta, son diferenciados; por ejemplo: reyerta entre un militar, vistiendo uniforme, y un paisano con resultado de lesiones para el segundo.

Existen diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales que confirman la anterior afirmación; por todas valga la de al AP de Bilbao de 28 de febrero de 1988 (Ponente Sr. Carrera Ibarzábal) que afirma: «Puede válidamente sostenerse que no es aplicable el principio *non bis in idem* en lo referente a las faltas administrativas de los funcionarios en el cumplimiento de su obligación o desempeño de sus funciones y las infracciones de las mismas personas, contenidas en el CP, y ello, no tan sólo al amparo de la especial relación que une al funcionario con el Estado, derivada de la realidad del servicio público que desarrolla, y, de otro lado, la cualidad de ciudadano que le es inherente en plano de igualdad con los demás, lo que justificaría el *ius puniendi* de los Tribunales y la potestad disciplinaria de la Administración, sino también por cuanto no existe una identidad de ámbitos o contenidos normativos entre la jurisdicción penal y la administrativa propiamente dicha.»

En el ejemplo anterior el hecho puede constituir un delito (o falta) penal y a la vez una infracción disciplinaria militar; en efecto, podría tipificarse como un falta leve de lesiones prevista y penada en el artículo 582 del Código Penal, precepto que sería aplicado por el Juez Ordinario del lugar (bien jurídico

protegido la integridad personal), y como falta leve militar (bien jurídico protegido el buen nombre y prestigio de la Institución militar) prevista en el artículo 8º.29: «El trato incorrecto con la población civil»: o, en su defecto, acudir al epígrafe 33 del mismo artículo para sancionar el incumplimiento del artículo 43 de las RR.OO.FAS. que prescribe «Será cortés y deferente en su trato y relaciones con la población civil, en particular con aquella a la que más directamente pueden afectar sus actividades, evitando toda molestia innecesaria»; también podría acudirse, si no se aplican los preceptos 8.29 u 8.33, al 8.25 que establece: «... comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de la FAS».

Sólo habría, en nuestra opinión, posibilidad de sanción disciplinaria, impuesta por los mandos naturales del infractor a éste, basándose, exclusivamente, en uno de los tres supuestos mencionados con el que quedaría agotada o extinguida la falta militar.

Este principio se recoge en el artículo 4º de la LODM: «La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme...»

También se encuentra, implícitamente, este principio recogido en los artículos 42 y 44 de la LODM.

#### *D) Principio de Prescripción*

Se encuentra recogido en la LODM, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico; principio o institución que viene definida en el Diccionario de la Lengua Española como «extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, contado desde la comisión del delito o falta o desde la imposición de la pena».

Es un principio de «orden temporal» ligado al transcurso del tiempo, consecuencia directa del principio de seguridad jurídica y es una institución de Derecho material (opera de oficio).

En la LODM se recoge tanto para las faltas como para las sanciones. Veámoslo esquemáticamente:

##### *Prescripción de las faltas:*

- LEVES: El plazo es de dos meses (art. 17.1) y no existe ninguna causa que «interrumpa» ese plazo, es decir, transcurrido el mismo no pueden ser corregidas.

- **GRAVES:** Seis meses: si existen causas legales de «interrupción de la prescripción», desde que se dirige el procedimiento contra el presunto responsable y durante un plazo de tres meses, pasado el cual volverá a operar este principio. (Art. 17.2).
- **EXTRAORDINARIAS:** Dos años (art. 65): las causas legales de «interrupción» se dan en los mismos términos que las faltas graves pero durante un período de seis meses, y además la causa prevista en el artículo 456 de la LPM: interposición de un recurso contencioso-disciplinario militar hasta que la sentencia firme sea notificada y comunicada.
- **CAUSA PENAL SOBRESEIDA:** Si el hecho constituye falta disciplinaria militar, el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento judicial hasta la firmeza del auto de sobreseimiento no se computará para la prescripción de la falta disciplinaria (art. 246-2. LOPM).

*Prescripción de las sanciones impuestas:*

- **POR FALTA LEVE O GRAVE:** Está contemplada en el artículo 33 de la LODM que prescribe idénticos plazos a los establecidos en el artículo 17 para la prescripción de las correspondientes faltas objeto de la sanción.
- **POR FALTA EXTRAORDINARIA:** Viene establecida en el artículo 65 de la Ley y es de cuatro años.

En todas ellas la prescripción actúa cuando la resolución sancionatoria sea firme; en caso contrario operaría la prescripción del ilícito (falta).

**EXCEPCIONES:**

**A) La prescripción instantánea**

Algunos autores han denominado *prescripción instantánea* a la que se produce por cambio de situación administrativa, sin que actúe el transcurso del tiempo; recuérdese lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 3º de la LODM: «A los militares “no profesionales” les será de aplicación (la presente Ley) mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas.»

En este sentido se ha pronunciado también ROJAS CARO al sostener: «es claro que, si dejan de estar en actividad, la Ley deviene inaplicable» (16).

(16) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 89.

## B) *El artículo 47*

Establece una excepción a la prescripción instantánea, ya que impide el pase a la situación de reserva a todo sancionado (militar no profesional) con arresto (por falta leve o grave) hasta el total cumplimiento del mismo (17).

## C) *El artículo 46*

Prescribe una presunción IURIS ET DE IURE al manifestar: «... siéndole de abono el tiempo de privación o restricción de libertad sufrido por los mismos hechos y el transcurrido desde el día de la notificación». Es de señalar que puede no coincidir, en fecha, el comienzo del cumplimiento de la sanción con el acto de la notificación; también puede haber existido la corrección previa del artículo 18 si carece de competencia sancionadora el mando que observa la falta.

## D) *El artículo 48*

De este precepto se deriva otro problema: que puede favorecer la prescripción de sanciones, cuando no sea posible el cumplimiento simultáneo de las mismas ya que establece el siguiente orden de cumplimiento:

- 1º Los arrestos de mayor a menor gravedad; si su suma sobrepasa los seis meses, el exceso no se cumplirá.
- 2º Las demás sanciones por el orden cronológico de su imposición.

En nuestra opinión se prima al soldado díscolo, ya que si se le imponen uno o varios arrestos por falta grave y otros por falta leve, no cumplirá éstos últimos si la duración de aquéllos excede de dos meses y tampoco cumplirá ninguna otra sanción por falta leve que no sea susceptible de cumplimiento simultáneo; sin que este análisis suponga una crítica a la limitación impuesta, por este artículo, a la sanciones disciplinarias en  *cascada*, se debe dejar claro ese  *favoritismo* con el menos disciplinado.

## E) *Principio de tutela judicial efectiva*

Este principio se encuentra recogido en nuestra Lex Superior en su artículo 24.1 como derecho fundamental y así lo ha puesto de manifiesto nues-

(17) Se produce una situación anómala ya que el artículo 33 del CPM establece que el tiempo de prisión sufrida por los militares no profesionales se les abona como tiempo de servicio efectivo.

tro TC en reiterada jurisprudencia: así las STC, s, de 22 de abril de 1981, de 8 de mayo de 1981, 18 de junio de 1981, de 12 de mayo de 1982, de 18 de octubre de 85, entre otras; por su claridad, merece destacarse la 61/1984, de 16 de mayo de 1986, que establece: «la tutela de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24.1 de al CE comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un plazo razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

Dice ROJAS CARO que «la tutela judicial supone sustancialmente tres cosas: derecho a la jurisdicción, derecho a una resolución fundada y derecho a los recursos legalmente establecidos» (18).

Pero en el Derecho Disciplinario Militar este principio se encuentra, al menos aparentemente, truncado por el artículo 51, que veda el acceso al control judicial de los actos administrativos que, causando estado, imponen sanciones por falta leve; esta cuestión será tratada más extensamente en su momento.

#### F) *Principio de interdicción de la indefensión*

Este principio aparece *in fine* en el artículo 24.1 de la CE; cuando analicemos las garantías del procedimiento veremos que éstas persiguen evitar que, en todo momento, se produzca indefensión. Así en los artículos 37 (faltas leves), 40, 41 (faltas graves) y 69, 72 (faltas extraordinarias) se da audiencia al interesado o se le proporciona la vista del procedimiento.

También cuando se le autoriza al encartado a proponer pruebas para su defensa (faltas graves y extraordinarias) o a contar con el debido asesoramiento en los procedimientos que por estas faltas se instruyen y además a obtener una sanción coherente con el ilícito imputado y no por hechos diferentes a los contemplados en el procedimiento y, finalmente, a interponer los recursos que se encuentran establecidos en la LODM.

#### G) *Otros principios*

Se dan, además, en la aplicación de la LODM, otros principios tales como los de oficialidad, publicidad, *favor acti*, *in dubio pro actione*, por supuesto el

(18) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 99.

de gratuidad, el de conservación a favor del perjudicado de todas las acciones penales y civiles que le asistan, el de la inadmisión de la *reformatio in peius* (que se contemplaba en el artículo 424 del derogado CJM), los de culpabilidad, igualdad ante la Ley, celeridad, irretroactividad... y también el de la presunción de inocencia, en la actualidad elevado al rango de derecho fundamental por el artículo 24.2 de la CE de 1978.

## 5. LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El fundamento de esta *potestas* se encuentra en esa supremacía especial, de la que hemos hablado anteriormente, del Estado sobre las personas especialmente vinculadas a la Administración (19).

En el DDM la encontramos regulada en los artículos 5º y 19 a 32 de la LODM y decir que, a modo de recordatorio, comprende las facultades de corregir y sancionar, se atribuye por cargo o función (no por empleo), no es para todos igual, en principio es indelegable (existen excepciones en caso de Unidades aisladas o destacadas) y que, además, todo militar tiene la obligación de corregir y sancionar, en su caso, las faltas que observe según prescribe el artículo 18 de la LODM y el artículo 90 de las RR.OO.FAS. que dice: «velará por la fiel observancia de la disciplina en su Unidad y caso de hallar falta será responsable de ella si no tomare la providencia correspondiente para evitarla o corregir a los culpables».

Debemos distinguir entre:

**POTESTAD DISCIPLINARIA:** Aquella que tiene el que ostenta un cargo o ejerce una función determinada (art. 5º de la LODM).

**COMPETENCIA SANCIONADORA:** Se exige como un «plus», a aquellas personas investidas de potestad disciplinaria, para poder imponer correctivos. Requiere que el presunto infractor le esté subordinado directamente, y además por la categoría de éste pueda sancionarle (no se puede sancionar a todos los subordinados directos, en algunos casos) y que la sanción esté dentro de las atribuciones que la LODM le confiera (sobre todo en cuanto a tipo de correctivo y duración o extensión del mismo). (Arts. 19 a 32 de la LOMD.)

(19) Véanse las sanciones de autoprotección en epígrafe I.1 de este trabajo.

### III. LAS FALTAS LEVES

#### 1. LOS TIPOS

Las conductas que se consideran faltas leves se recogen en los 33 epígrafes del artículo 8º de la LODM, cumpliendo los principios de legalidad y tipicidad expuestos.

#### 2. LAS SANCIONES A IMPONER

Para los infractores, por acción u omisión, de las conductas tipificadas como faltas leves en el artículo 8º, se establecen en el artículo 10 unas sanciones determinadas; éstas son:

- Reprensión (definida en el art.12).
- Privación de salida de la Unidad o de permisos discrecionales (contemplada en el art. 13).
- Arresto de uno a treinta días (desarrollado en el art. 14).

Es un *numerus clausus* y toda sanción no descrita anteriormente que, excluida la amonestación verbal o advertencia que, según previene el artículo 12, no constituye sanción disciplinaria, pudiera imponerse por una Autoridad o Mando, constituiría una infracción del ordenamiento jurídico o una desviación de poder por su parte.

Merece la pena destacar la supresión por la LODM de las sanciones previstas en el artículo 416 del CJM tales como «el recargo en el servicio mecánico», acertada decisión ya que se devaluaba la categoría del servicio pues lo prestaba el personal que por turno le correspondía y además el arrestado, rompiéndose el principio de equidad que debe presidir el nombramiento para cualquier servicio o función durante el cumplimiento del Servicio Militar.

#### 3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

##### A) *Objetivos*

Tiene este procedimiento administrativo fundamentalmente dos objetivos:

- Restablecer la disciplina quebrantada en el seno de la Institución Militar.
- Respetar las garantías y derechos que tiene el presunto infractor.

El lograrlos es el fin del Título IV de la LODM; a continuación, trataremos de exponer cómo lo intenta.

### *B) Obligación de proceder*

Los artículos 18 y 34 de la LODM imponen a todo militar el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores y además le obliga, si tiene competencia sancionadora, a sancionarlas si lo considera oportuno; en caso contrario deberá dar parte a quien la tenga. En el mismo sentido se contempla en el artículo 90 de las RR.OO.FAS. (20).

Al ser una obligación genérica debe cumplirla pues en caso contrario podría, él mismo, ser objeto de una sanción por violar la norma establecida (art. 8º.1 ó 8º.33, ambos, en relación con el artículo 90 de las RR.OO.FAS.).

### *C) El parte*

A efectos del DDM viene definido en el artículo 35 de la LODM; no obstante, ÁLVAREZ ROLDÁN y FORTÚN ESQUIFINO nos recuerdan el concepto tradicional de parte en la milicia: «Toda noticia comunicada, de palabra o por escrito, a un superior jerárquico acerca de un hecho relacionado con el servicio» (21).

#### — SUJETO ACTIVO:

Debe formularlo un militar, el paisano formularía una denuncia.

Recordemos que el parte tiene como finalidad poner en conocimiento del Mando con competencia sancionadora sobre el presunto infractor su conducta para castigarla —si es merecedora de ello—, si el militar que tiene conocimiento de ésta carece de aquélla.

#### — REQUISITOS:

- Se dirigirá a la Autoridad o Mando con competencia sancionadora, nunca a un militar de inferior empleo; si se desconoce a esa Autoridad se dirige al Mando de la Región o Zona Militar.
- Se redactará por escrito y se cursará por conducto reglamentario; este requisito puede sustituirse por un informe verbal si la Autoridad o Mando que lo reciben lo consideran suficiente.
- Contendrá:

(20) El contenido de este artículo figura en el epígrafe II.5 de este trabajo.

(21) ÁLVAREZ ROLDÁN y... *Op. cit.*, pág. 288.

- Un relato claro y escueto de los hechos.
- Las circunstancias concurrentes en esos hechos y en el presunto infractor.
- Su posible calificación.
- La identidad del presunto infractor, o los datos tendentes a su posible identificación.
- La identificación y firma del emisor del parte.
- Estos requisitos se encuentran desarrollados en el epígrafe XIV de la OM 43/86.

#### *D) El instructor*

Será la Autoridad o Mando que tenga la competencia sancionadora necesaria para imponer el correctivo que merece la conducta analizada (art. 37 de la LODM).

#### *E) Fase de instrucción*

La instrucción del procedimiento será preferentemente oral y sumaria, para un pronto restablecimiento del quebranto sufrido por la disciplina.

El instructor:

- Verificará la exactitud de los hechos, si los conoció mediante parte o denuncia.
- Los esclarecerá, si tuvo conocimiento personal de los mismos, por observación directa.
- Oirá al presunto infractor.
- Comprobará la tipificación de la conducta, y
- Caso de ser necesario, impondrá la sanción correspondiente.

Todo ello aparece regulado en el artículo 37 de la LODM y en el epígrafe XIV-2 de la OM 43/86.

#### *F) Fase de resolución*

Esta fase será, preceptivamente, escrita.

Contendrá:

- Breve relato de los hechos.

- Manifestaciones del infractor.
- Calificación de los hechos. citando el epígrafe del artículo 8º que los tipifica.
- Sanción impuesta, si procede.
- En su caso, lugar y circunstancias de cumplimiento.
- Recursos que procedan, plazo hábil y Autoridad o Mando ante quien interponerlos.

Autoriza el artículo 38 *in fine* la sustitución de la notificación personal que previene el artículo 36 cuando el infractor sea «no profesional» por la publicación en el cuadro de arrestos de la Unidad, notificación que, acertadamente, ROJAS CARO y FORTÚN ESQUIFINO denominan «edictal»; los mismos autores exigen, en esta notificación, citar el apartado del artículo 10 en el que cita la sanción, circunstancia exigida por la letra de la LODM y por la de OM 43/86, que da normas para su aplicación, y que es consecuencia del principio de tipicidad de las sanciones ya estudiado (22).

No debemos olvidar, tampoco, la obligación, de la persona que instruye este expediente, de notificar la resolución adoptada, sea cual fuere —sancionar o no—, además de al presunto infractor, al que dió el parte y a la persona que deba, en su caso, anotar la sanción en la documentación personal del sancionado.

#### 4. LAS GARANTIAS DEL SANCIONADO

Cuando entran en juego situaciones *restrictivas* de libertad, siendo ésta uno de los bienes más apreciados por el hombre después de su propia vida, se debe tender a proporcionar el máximo de garantías posibles al infractor teniendo en cuenta que la disciplina y la subordinación jerárquica son valores protegidos, en el seno de las FAS, por el TC en sentencias de 15 de junio de 1981 y de 24 de mayo de 1983 (23).

##### A) Regulación del DDM por Ley Orgánica

La primera garantía que tiene el sancionado viene impuesta por la propia CE, según ha quedado expuesto anteriormente (24). Esta garantía la proporciona el legislativo cuando promulga la LODM.

(22) ROJAS CARO... *op. cit.*, págs. 174-301, y véase el epígrafe II.4.B de este trabajo.

(23) El texto de la jurisprudencia que interesa de las mismas se encuentra recogido en el epígrafe I.3 de este trabajo.

(24) Véase el epígrafe I.1 de este trabajo.

## B) *Respeto de los Derechos constitucionales*

La propia *norma normarum* lo establece y exige y así se contempla en la propia LODM y normas desarrolladas de la misma; por su importancia debemos destacar tres derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la CE, a saber: la presunción de inocencia, la no obligación a declarar contra sí mismo y la no obligación de confesar su falta.

## C) *Proporcionalidad entre conducta y sancion (25)*

Consecuencia del artículo 6º de la LODM que dice «las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con las conductas que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurren en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar no profesional para graduar las sanciones con menor rigor».

A la hora de imponer la sanción se tendrá en cuenta:

- La gravedad de la conducta.
- El perjuicio sufrido por la Institución (imagen, descrédito, desprestigio,...).
- Conducta pública o privada.
- Mal ejemplo impartido...

En este sentido la Sentencia del Tribunal Territorial Primero Sección Segunda, de 2 de febrero de 1990, confirmada por la STS 5ª número 8/90, de 1 de octubre, proclama: «es doctrina consolidada en el ámbito sancionador civil, desde luego extensible al castrense, que la facultad de graduación de la corrección disciplinaria debe estar presidida por el principio de proporcionalidad entre falta y sanción».

## D) *Individualización de la sanción (25)*

Es la segunda consecuencia del artículo 6º de la LODM, que recoge, en su espíritu, las disposiciones del artículo 14 de la CE, y que debemos poner en relación con el artículo 21 del CPM, que dispone: «serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximente...».

(25) He preferido incluir como garantías estos conceptos, aunque quizá pudieran incluirse en el apartado de sanciones, porque también son *in fine* una garantía personal en el tratamiento de su conducta (ilícito administrativo).

De este precepto se deduce la existencia de unas:

a) *Circunstancias concurrentes en la persona*

Hemos observado esa remisión a las circunstancias (de carácter objetivo o subjetivo) eximentes y atenuantes del CP, recogidas en sus artículos 8º y 9º, a las agravantes previstas en el 10, así como la circunstancia mixta establecida en el artículo 11. Todas ellas deberán ser tenidas en cuenta por el Mando a la hora de evaluar conductas tipificadas, como faltas leves, en el artículo 8º de la LODM para sancionarlas en persona concreta.

b) *Atenuantes específicas militares*

De nuevo es preciso acudir al CMP, en este caso a su artículo 22, que previene: «en los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes...»; y en su texto menciona a presencia menor de 30 días en el cuartel desde su incorporación o la existencia de provocación, inmediata y anterior a la conducta delictiva, por parte del superior o situación similar, circunstancias que deberán estar presentes en la mente del sancionador antes de imponer cualquier correctivo.

c) *Referencia a la afección al interés del Servicio*

Tercera de las imposiciones del precepto que se está analizando, debemos señalar que se trata del daño *efectivo* que el servicio sufra como consecuencia de la falta, y que será el único a tener presente a la hora de establecer la sanción correspondiente.

E) *Condición personal del infractor*

La última de las consecuencias del artículo 6º, es que se tiene en cuenta la condición de NO PROFESIONAL para que el sancionador tenga «menor rigor» al graduar la sanción a imponer.

En este aspecto se ve que la *profesionalidad* es una condición personal que implica mayores deberes y también, a efectos disciplinarios, mayor responsabilidad. Piénsese en el mal ejemplo que puede proporcionar un Mando al cometer una falta ante sus subordinados.

CALDERÓN SUSÍN critica, al analizar el artículo 35 del CPM, esta posición del legislador, al afirmar: «se convendrá que existe un granado mazo de argumentos en contra del criterio que se acoge en el último inciso del párrafo 1º del artículo

35 del Código Penal Militar y que cierra el denso catálogo de los ofrecidos al juzgador, añadiendo al mismo un elemento perturbador e incoherente» (26).

Creo que el minucioso estudio del profesor CALDERÓN SUSÍN debe ser modulado en cuanto a su aplicación en el seno de la LODM ya que se debe buscar corregir conductas desviadas y no sancionar duramente al infractor no profesional que no conoce en profundidad la normativa militar.

#### F) Las RR.OO.FAS.

Que, como se sabe, constituyen la norma moral que rige a la Institución Militar, en su texto articulado establecen una serie de obligaciones, amparadas por la propia LODM; y así en su artículo 35 se previene: «... no prodigará las reprensiones, sino que las usará con un fundado motivo y siempre con justicia»; se observa que es coherente con la idea de *justicia* que inspira todo el ordenamiento jurídico estatal y, además, que pide al militar que sea parco al reprender; en la misma idea insiste el artículo 91.

El artículo 171 debe tenerlo presente, en todo momento, cualquier mando y más a la hora de sancionar; por su importancia lo reproducimos a continuación: «la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir el mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquiera otra vejación o limitación indebida de sus derechos», precepto que no se debe olvidar pues podría, el sancionador, incurrir, si lo violase, en una de las faltas que la misma LODM contempla (art. 8º.33 en relación con el 171 de las RR.OO.FAS.).

En el artículo 185 se prohíbe, en el seno de las FAS, cualquier tipo de discriminación, también a la hora de sancionar; para obligar, en el artículo 198, a corregir las faltas con arreglo a lo dispuesto por las leyes (está vedando de raíz las posibles extralimitaciones en las sanciones disciplinarias).

El artículo 73 encarga al oficial el «cuidado de sus subordinados», para obligar el artículo 75 al Mando de cualquier Unidad a que todos tengan «buen trato, pronta justicia...».

#### G) La LODM

Es la propia ley disciplinaria la que establece el mayor número de garantías para los propios sancionados, estableciendo unos *tipos* en los que pueden

(26) BLECUA FRAGA, R. y otros. *Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 542 a 545.

incurrir los sancionadores si no tienen en cuenta los derechos de los sancionados.

a) *El artículo 8º*

Contiene los siguientes tipos:

- 8º.11: «La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto...»
- 8º.14: «Corregir a un subordinado de forma improcedente, o imponerle una sanción desproporcionada.»
- 8º.15: «Ofender a un subordinado con hechos o palabras indecorosas o indignas.»
- 8º.33: (27).

Estos tipos señalados protegen contra un presunto desvío de poder por parte del Mando sancionador o contra la imposición de una sanción improcedente o desproporcionada.

b) *El artículo 9º*

Recoge la siguiente conducta como falta grave:

- 9º.11: «Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar grave perjuicio al subordinado o...»

La conducta expresada protege al inferior de cualquier arbitrariedad, incluso sancionatoria, del superior al imponer a éste, si la comete, una grave sanción.

c) *Los artículos 19 a 32*

Al establecer una competencia sancionadora, para cada Autoridad o Mando, proporcional a su preparación y grado de responsabilidad, teniendo en cuenta la función o cargo que desempeñan, protegen al *infractor* de sufrir graves sanciones por las faltas leves que cometa, ya que los mandos inferiores están investidos de menor competencia en cuanto a tipo de sanción y duración de la misma.

(27) El contenido de este epígrafe figura en el epígrafe II.3.B de este trabajo.

#### d) *El artículo 37*

Precepto, ya estudiado, y que obliga a graduar la sanción, nueva garantía para el presunto incumplidor de la normativa militar; además establece, bajo nulidad de la resolución sancionadora que se adopte, la obligación de dar audiencia al infractor, lo que dará ocasión de alegar cuanto estime oportuno para su defensa, o descargo.

#### e) *Título IV, Capítulo V de la LODM*

Está dedicado en su totalidad a regular los recursos que se estudiarán seguidamente y que constituyen la última garantía que esta Ley otorga a su infractor cuando, por ello, es sancionado.

#### f) *Disposición Adicional Cuarta de la LODM*

Remite a la Ley de Procedimiento Administrativo y a la Ley Orgánica Procesal Militar, para su utilización, como normas subsidiarias, en toda cuestión de procedimiento o recurso no contemplada en la LODM, tratando de evitar lagunas en estos aspectos garantes de todo infractor.

#### H) *Notificación de la resolución recaída al interesado*

Además de las imposiciones establecidas en el artículo 38 de la LODM juegan, en esta notificación, las señaladas en la LPA artículo 79.1 en cuanto a la notificación: que deberá ser por escrito (artículo 41.1) y la resolución sancionadora deberá estar motivada según exige el artículo 43.1. a del mismo texto legal.

### 5. LOS RECURSOS

Como ha quedado expuesto anteriormente los recursos constituyen la última de las garantías que, el ordenamiento jurídico en general y la LODM en particular brindan al sancionado que, como consecuencia de las disposiciones previstas en esta Ley, considere no ajustado a Derecho el correctivo que se le ha impuesto.

Podemos decir que tradicionalmente, en los Ejércitos, el militar podía acudir hasta el Jefe del Estado con la representación de su agravio; así se recogía, a efectos disciplinarios, en el artículo 1007 del CJM.

Esta tradición se ha mantenido en las actuales RR.OO.FAS. en su artículo 201; de esta manera «el militar que se sintiese agraviado podrá promover recurso, haciéndolo por sus Jefes y con buen modo y cuando no lograse de ellos la satisfacción a que se considere acreedor, podrá llegar hasta el Rey con la representación de su agravio».

Este derecho, no obstante, queda vedado *expresamente* en todo lo que se refiere a disciplina militar por la disposición adicional cuarta de la LODM.

Veamos ahora cómo se encuentran regulados los recursos en materia disciplinaria militar:

#### A) EN LAS RR.OO.FAS.

La norma moral de la Institución Militar establece en su artículo 200: «todo militar podrá interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a Derecho»; para imponer en su artículo 204: «todo Jefe deberá recibir y tramitar con el informe que proceda o resolver, en su caso, los recursos, peticiones o partes formulados por un subordinado en ejercicio de sus derechos».

Como vemos, la primera norma autoriza a recurrir a quien se considere perjudicado y la segunda le protege contra la obstrucción en sus recursos o quejas y le garantiza que sus recursos serán tramitados o resueltos por sus jefes.

#### B) En la LODM

Esta norma ha querido dar especial relieve e importancia a estos actos de *última garantía* para los sancionados al dedicar todo un Capítulo a regularlos.

##### a) Artículo 49

Prescribe: «el militar al que se haya impuesto sanción disciplinaria podrá recurrir por escrito contra ella sin perjuicio de su cumplimiento. Los recursos serán siempre motivados y en ningún caso podrán hacerse de forma colectiva».

En este artículo se establece una garantía que permite revisar la resolución sancionadora, cuando el corregido no la considere ajustada a Derecho o lesiva para sus intereses.

**SUJETO ACTIVO:** Debe interponerlo, precisamente, el militar sancionado: así se pronuncia ROJAS CARO cuando sostiene: «el curso reglamen-

tario (...) exige implícitamente la actuación personalísima del propio interesado, sin intermediario» (28).

Cuatro requisitos deben tener estos recursos:

- **Formularse por ESCRITO:** Veda esta disposición la oralidad y ello es debido, en nuestra opinión, aparte de una imposición del artículo 114 de la LPA y del precepto en estudio, a la decisión de establecer una mayor «seguridad» en esta garantía, ya que permitirá a la Autoridad *AD QUEM* conocer la petición tal como se ha formulado, además de dejar constancia escrita de la misma.

El escrito no está sometido a forma específica concreta, salvo los requisitos que establece el artículo 114 del DALPA, y que se refieren a datos personales y de destino a efectos de notificación y comunicaciones, fundamentalmente.

- **MOTIVADO:** Es una imposición del artículo 115 del DALPA y debe fundarlo, el militar sancionado, en «cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluso en la desviación de poder»: por tanto, se puede fundamentar la impugnación en la negación de los hechos imputados (por no ser ciertos o no haberlos cometido el recurrente), en la calificación dada a los mismos por el sancionador (alegando ser errónea), o en la misma sanción (que puede considerarse improcedente o desmesurada).

Para una mejor fundamentación deberán hacerse constar el motivo de la impugnación, los preceptos legales que la amparan, la jurisprudencia existente al respecto e incluso los pronunciamientos doctrinales sobre el tema (estos últimos datos caso de conocerlos, por supuesto).

- **INDIVIDUAL:** El artículo en estudio impide el recurso colectivo para el caso de varios sancionados; no debe olvidarse que el artículo 9º.14 de la LODM establece un tipo de falta grave consistente en «hacer reclamaciones (...) o formularlas con carácter colectivo», y ello es debido a la especial configuración jurídica de la Institución Militar lo cual no impide que el escrito de recurso sea idéntico para todos, variando los datos personales nada más, si hay identidad en los hechos recurridos.

(28) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 177.

b) *Artículo 50*

Este artículo presenta el siguiente texto: «el recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico señalado en el artículo 19 y, en su caso, lo previsto en el artículo 32. Podrá interponerse en un plazo que se iniciará el día siguiente al de la notificación de la sanción y finalizará a los quince días de su cumplimiento cuando entrañe la restricción o privación de libertad, o de su notificación en los demás casos.

Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa el recurso procedente será el de súplica, que se podrá interponer ante dicha Autoridad en la forma y plazos señalados en el párrafo anterior».

A continuación procederemos a su estudio.

- **CONDUCTO REGLAMENTARIO:** Es una imposición de este artículo y del apartado XVII de la OM 43/86 y también por lo dispuesto en el artículo 123.1 del DALPA.

El tradicional curso reglamentario puede hacer coincidir en una misma persona la calidad de sancionador y de receptor del recurso, lo cual no constituye, en contra de lo que pudiera pensarse, un detrimento en las garantías del recurrente, ya que podría aquella, en caso de no darle curso a la reclamación, incurrir en la falta leve 8.13, que establece: «interceptar o devolver a su origen, sin dar el curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por sus subordinados». De nuevo la propia norma tiene sus propios recursos para garantizar, plenamente, su cumplimiento sin perjuicio para terceros.

- **AUTORIDAD *AD QUEM*:** Para conocerla debe acudirse al escalonamiento jerárquico que establecen los artículos 19 ó 32 de la LODM y ver quién es ese inmediato superior.

Excepciones:

- Si el sancionador es el Ministro de Defensa el recurso se planteará ante esa Autoridad y será un recurso de súplica.
- Caso del segundo recurso que establece el artículo 51 de esta Ley, podrá darse un salto y acudir, en su caso, ante el Jefe de la Unidad.

No constituye ningún problema para el recurrente el desconocer quién es la Autoridad *AD QUEM* ya que, por imperativo de la LPA, el DALPA y del

conducto reglamentario, la persona que reciba el recurso deberá tramitarlo a quien deba resolverlo.

- **PLAZO DE INTERPOSICION:** Establece la norma un plazo de 15 días a contar desde:
  - el siguiente al de la notificación si no estamos ante un arresto privativo o restrictivo de libertad.
  - el total cumplimiento de esos arrestos.Debe acudirse a la LPA (norma supletoria) para entender qué se entiende por días hábiles, concepto determinado por su artículo 60.
- **PLAZO DE RESOLUCION:** La LODM y la OM 43/86 guardan silencio al respecto; el problema lo ha solventado el legislador en el artículo 466 de la LOPM, que dice: «las Autoridades y Mandos competentes para resolver los recursos en vía disciplinaria, dictarán resolución en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la recepción de la interposición».

Este plazo establecido evita la inseguridad jurídica y agiliza los plazos para conocer las diferentes situaciones personales de los recurrentes; además en el artículo 467 de la misma LOPM se establece *el silencio negativo*, si han transcurrido más de «dos meses» sin recibir contestación al recurso interpuesto.

### c) *Artículo 51*

Establece este precepto: «contra la resolución por la que se impone sanción por falta leve, sólo cabrá el recurso establecido en el artículo anterior, excepto cuando la resolución del mismo haya correspondido a un Mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque, o Unidad similar, que podrá interponerse, en su caso, un segundo recurso ante dicho Jefe o Comandante en el plazo de quince días a partir de la notificación de la resolución que se recurre, quien deberá resolver en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo sin resolución, el sancionado podrá acudir a la Autoridad superior que corresponda de las incluidas en el artículo 22.

Contra las resoluciones dictadas en el párrafo anterior no cabrá recurso alguno».

Nos encontramos en el estudio de uno de los artículos que más polémica ha suscitado entre la doctrina, y en el que trataremos de poner de manifiesto

la mayor parte de las posturas conocidas por el que ejecuta el presente trabajo.

Se establece, en primer término, en este artículo un segundo recurso que debemos entender es de ALZADA, como el del artículo anterior, aunque nada diga al respecto la LODM o la OM 43/86; pero así se denominan en el artículo 122 de la LPA y así los ha llamado, por fin, el artículo 465 de la LOPM.

El sistema establecido es idéntico al analizado en el artículo anterior y a él nos remitimos, pero en éste se establece desde el principio un plazo para su resolución y, además, en caso de silencio se abre automáticamente la vía para poder acudir al Superior jerárquico.

En la denominación de este recurso se divide la doctrina, pues mientras FORTÚN ESQUIFINO lo considera como tal, ROJAS CARO lo califica de auténtica queja, postura que justifica sobradamente en su libro *Derecho Disciplinario Militar* (29).

Quizá sea esta una garantía adicional ya que, según vamos a ver a continuación, no cabrá recurso judicial posterior —en principio— según la letra de la LODM.

El por qué de esta segunda alzada podríamos encontrarlo en la LPA, así como en la mayor madurez y formación de la persona que ejerce como Jefe de Unidad y en su mayor alejamiento —físico— del sancionador y sancionado, lo que permite, si cabe, mayor objetividad.

Esta es nuestra opinión a la vista de todo lo dicho anteriormente y lo que exponemos a continuación.

Y ahora entra en juego el párrafo final del artículo 51, que veda cualquier tipo de recurso ulterior. ROJAS CARO mantiene, en principio, la no posibilidad del recurso judicial normal —el contencioso-disciplinario militar— contra las sanciones por falta leve, en base a la propia LODM, la memoria de la legislatura del Ministerio de Defensa y la doctrina del TC; dice el citado autor, a continuación, que «la STC de 15-6-1981 se inspiró en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Engels y otros de 8-6-1976», para finalizar su razonamiento diciendo «son contrarios al recurso judicial en faltas leves, pues éstas —que no conllevan privación de libertad sino sólo restricción de libertad— permiten, sin escrúpulo alguno, la inaplicación del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE» (30).

(29) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 179.

(30) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 180.

El legislador español, años después, al promulgar la LOPM, es coherente con estos principios y excluye a las faltas leves del contencioso-disciplinario militar (art. 468.b).

Pero, volviendo al mismo autor, vemos cómo pone de manifiesto la ilusoriedad de ese veto, ya que siempre se podrá interponer el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario regulado en los artículos 453.3 y 518 de la LOPM, «porque siempre se encontrará un derecho fundamental teóricamente lesionado que permita fundamentar con éxito la admisión a trámite de este recurso» (31).

Por cierto, que ambos preceptos han sido impugnados ante el TC mediante una cuestión de inconstitucionalidad (la 2117/1989, admitida a trámite por providencia de 13 de noviembre del TC, por poder infringir el artículo 53.2 de la CE, BOE número 279 de 21-11-1989), planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Un estudio amplio sobre este artículo fue realizado por LÓPEZ RAMÓN en su artículo: «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar». En él lo presenta como «quiebra del sistema de control judicial de la Administración» y entra seguidamente a estudiar la presunta inconstitucionalidad del presente artículo de la LODM (32). Su preocupación por el tema le llevó a realizar un nuevo artículo después de la promulgación de la LOPM bajo el título «El recurso contencioso-disciplinario militar» (33), en el que dedica un epígrafe a «La ausencia de garantía judicial en las sanciones por faltas militares leves»; de su lectura, y a la vista de las nuevas leyes militares, se deduce que sus planteamientos del primer artículo resultan ciertos y salen reafirmados, prueba de ello es su párrafo final, que dice: «En definitiva, el artículo 51 de la Ley Disciplinaria Militar y el artículo 468.b) de la Ley Procesal Militar, al excluir el recurso judicial contra las sanciones disciplinarias militares por falta leve, son inconstitucionales, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución. Vicio que cabe esperar se declare en breve por el Tribunal Constitucional, ante quien pende cuestión de inconstitucionalidad contra el primero de los preceptos citados».

El artículo 51 ha sido motivo de otras cuestiones de inconstitucionalidad; así la nº 229/1989, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

(31) ROJAS CARO... *Op. cit.*, pág. 180.

(32) LOPEZ RAMÓN, F. «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 54, abril-junio de 1987, págs. 178 y ss.

(33) Véase en nota número 8 de este trabajo.

de la Audiencia Territorial de Burgos, por vulneración del artículo 24.1 de la CE que fue admitida a trámite por providencia del TC, de 6 de febrero de 1989 (BOE nº 41, de 17-02-89) (a ella se refiere el profesor LÓPEZ RAMÓN en el texto de la anterior cita), y que declaró extinguida, el mismo Tribunal, por AUTO de 17 de octubre del mismo año (BOE nº 256, de 25-10-89). Y ello lo hace en base a su reiterada jurisprudencia al respecto (véanse en este sentido las STC.s de 18 de junio de 1981, de 12 de mayo de 1982 y AUTO de 25 de enero de 1984). También la STS, de la Sala Quinta, de 23 de septiembre de 1987, en su fundamento de derecho primero sostiene «se trata, por tanto, de una sanción disciplinaria impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas por su Jefe respectivo dentro del ámbito estrictamente castrense, que la CE (art. 117.5) reserva a la jurisdicción militar y cuya revisión, por tanto, está sustraída al conocimiento de la jurisdicción administrativa».

La STS 5ª nº 8/90, de fecha 1 de octubre de 1990, antes mencionada, en su fundamento de derecho SEGUNDO sostiene: «... acudió a solucionar el tema planteado al promulgar la Ley Procesal Militar (...) De esta forma quedaba completo el sistema normativo y se producía la siguiente situación legal:

- A) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.
- B) Se instaure la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumario, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten el ejercicio de los Derechos Fundamentales. Con esta innovación la normativa procesal militar se ciñe al mandato constitucional, contenido en el artículo 53.2 y se completa el artículo 51 de la Ley de Régimen Disciplinario, cumpliendo una exigencia insoslayable al regular la tutela de los Derechos Fundamentales, en vía jurisdiccional».

Por todo lo analizado, y a pesar de la opinión de gran parte de la doctrina (LÓPEZ RAMÓN, FERNÁNDEZ SEGADO, MILLÁN GARRIDO, SANZ GANDESEGUI, ROGRÍGUEZ VILLASANTE Y NAVARRO BELMONTE) que considera inconstitucional este inciso final del artículo 51 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, creemos que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tri-

bunal Superior de Justicia de Andalucía será desestimada por el TC, resolución que, por otra parte, aportará un poco de claridad a tan oscuro tema.

Nos encontramos ante un artículo bastante polémico, por lo menos en cuanto a su último párrafo se refiere, y así lo ha entendido la doctrina que dirige, preferentemente, hacia él sus estudios.

#### d) *Artículo 53*

Este precepto señala: «La Autoridad ante la que se recurre comprobará si se ha respetado el procedimiento establecido, llevará a cabo las averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos, su calificación y la sanción impuesta, que podrá anular, disminuir o mantener. La resolución adoptada se notificará al recurrente y a la Autoridad que impuso la sanción.»

Se establecen en este artículo nuevas garantías, tanto para el procedimiento como para el sancionado, ya que la Autoridad *AD QUEM* deberá revisar tanto la forma como el fondo de la resolución sancionadora objeto del recurso que se presenta.

— En cuanto a la **FORMA**:

- Deberá comprobar si se han respetado escrupulosamente tanto las normas que regulan el procedimiento como todas las garantías que amparan al sancionado, intentando descubrir si existe algún defecto o vicio que pueda invalidar lo actuado.

— En cuanto al **FONDO**:

- Revisará o reconsiderará los **HECHOS** para comprobar que son los que figuran en el procedimiento, o bien si han sido desfigurados o variados durante su intrucción.
- Analizará la **CALIFICACION** que de los mismos ha hecho el mando sancionador.
- Repasará la **SANCION IMPUESTA** para ver si se adecúa a las normas legales, si guarda proporción con la conducta sancionada y si ha sido objeto de individualización.

— Actuación de la Autoridad *AD QUEM*:

- Si se ha respetado la forma y los hechos concuerdan, se fijará en la sanción impuesta:
  - Si la considera adecuada la mantendrá.
  - Si la considera excesiva la disminuirá.

- Si considera que no ha existido motivo para sancionar la anulará.
- Si considera que no se ha respetado la forma:
  - Ordenará que el expediente se retrotraiga al momento, inmediatamente anterior, al fallo que lo invalida, dejando sin efecto el resto, sanción incluida.
- Si considera que el sancionador se ha excedido o ha incurrido en desviación de poder, además de tomar la providencia que considere oportuna, respecto del sancionado y su sanción, adoptará las medidas disciplinarias con el sancionador.
- Finalmente todas las resoluciones que adopte las notificará al recurrente y al Mando sancionador.

#### IV. RECAPITULACION FINAL

El presente trabajo ha obviado, pues no era este su objeto, las normas relativas al cumplimiento de las sanciones y las referentes a la anotación de las mismas y su cancelación, cuando proceda, en el expediente personal del infractor, que podrían ser objeto de un trabajo posterior.

Todo el problema planteado, tan candente y de actualidad, proviene en nuestra opinión del contenido del artículo 14 de la LODM, en el que al hablar del arresto como sanción prevista para faltas leves de uno a treinta días lo califica de **RESTRICCION DE LIBERTAD**, término en el que radica el origen de la polémica y por si fuera poca la confusión creada surge la controvertida sentencia del TC, de 5 de marzo de 1985, que referida a un caso bastante particular y concreto vino a establecer el siguiente criterio: «el arresto domiciliario es **PRIVACION DE LIBERTAD**, aun sin perjuicio del servicio».

No conocemos que, posteriormente, se haya pronunciado tan alto Tribunal en el mismo sentido.

El TC se ha apartado con la misma de su doctrina elaborada en las sentencias de 15 de junio de 1981 y de 24 de mayo de 1983, ya citadas anteriormente, puesto que, en base a ellas, se podría sostener que las garantías analizadas anteriormente quedan bastante cubiertas con los mecanismos de revisión establecidos en la LODM, haciéndolas compatibles con la ejemplaridad y prontitud que persiguen las sanciones para restablecer el quebranto de la disciplina militar y de la subordinación, valores considerados como primordiales en la Institución Militar por la doctrina del alto Tribunal, en las sentencias mencionadas.

La STS 5ª 8/90, ya mencionada, sostiene: «La sentencia recurrida entra a examinar cuestiones de legalidad ordinaria que se salen de la órbita de los De-

rechos Fundamentales invocados, que no pueden ser decididas en este procedimiento por no ser objeto de la tutela y protección jurisdiccional establecidos en el mismo.»

También sostiene, en el fundamento de Derecho SEXTO 3ª): «por ello se ha entendido ya que la simple retención en el domicilio durante períodos limitados y cortos de tiempo, así como la permanencia en la propia Unidad, no implican ataques al derecho a la libertad que proclaman los textos constitucionales. Esto ya lo subrayó una vieja sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 8 de junio de 1976 (caso Engel). Y ha tenido oportunidad de confirmarlo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos posteriormente». Por ello:

Creemos que la polémica queda abierta, pero si hemos podido aportar algo de luz con estas líneas nos daremos por satisfechos.

## EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO SANCIONADOR MILITAR (\*)

Pedro ESCRIBANO TESTAUT  
*Teniente Auditor*

### SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD. II. ¿TIENE RANGO CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD? III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL. IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL MILITAR. V. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR.

#### I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA «CRISIS DE LA CULPABILIDAD»

Como ha señalado BACIGALUPO, «todo lo referente a la culpabilidad es en la actualidad muy discutido» (1). Sin embargo, el preámbulo del vigente Código Penal Militar dice que «en el Título I del Libro I quedan proclamados los principios de legalidad, de *culpabilidad*, de igualdad y de retroactividad de la ley penal más favorable. Con la definición del delito militar se pone de manifiesto la exigencia tanto de voluntariedad como de *culpabilidad* en el autor para que su acción u omisión pueda ser reputada como delito». Estas palabras pueden hacer pensar que en el ámbito del Ordenamiento punitivo militar ha quedado efectivamente consagrado el principio de culpabilidad, pero no es esta ni mucho menos una cuestión pacífica, puesto que frente a quienes sostienen que, ciertamente, el principio de culpabilidad ha quedado sólidamente asentado, hay tratadistas que estiman que en el Código Penal Militar, al igual que en el común, no está consagrado dicho principio, «sino tan sólo el principio de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta». (2). No es esta una cues-

(\*) Este trabajo obtuvo la máxima calificación entre las tesis de fin de curso, presentadas por los Alféreces-Alumnos del Cuerpo Jurídico en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (curso 1990-1991).

(1) BACIGALUPO, ENRIQUE. «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?» *Revista jurídica La Ley*, de 8 de junio de 1982, pág. 936.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. «Comentario al artículo 2», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez Villasante, 1ª edición, 1988. Ed. Civitas, pág. 56.

ción meramente filosófica o especulativa, como más adelante se verá, sino que, al contrario, tiene una importancia trascendental. En todo caso, el análisis del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador militar tiene que partir de una delimitación de lo que tal principio significa.

Pues bien, para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «la esencia del principio de culpabilidad puede formularse en estas dos proposiciones: no hay pena sin culpabilidad, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad» (3). En el mismo sentido, CEREZO MIR define este principio como aquel con arreglo al cual «la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena» (4). Para entender el fundamento, contenido y alcance del principio que analizamos, de acuerdo con estas definiciones, es evidente que resulta «indispensable conocer previamente qué es la culpabilidad y qué significa por consiguiente ser culpable» (5).

El problema reside en que, como dice MIR PUIG, «no hay acuerdo en el contenido formal de la culpabilidad (¿Qué elementos integran la culpabilidad y no el injusto?) ni en su significado material (¿Por qué los elementos que integran la culpabilidad son necesarios para la pena?)» (6).

Lo cierto es que las discrepancias doctrinales se manifiestan, sobre todo, como dice TORIO, «en lo que concierne al fundamento de la culpabilidad» (7).

Los autores están de acuerdo en que «mientras el juicio de injusto es un juicio sobre el hecho despersonalizado (fijación de las condiciones que deben concurrir para emitirse un juicio de desvalor o imputación objetiva), el juicio de culpabilidad aparece *prima facie* como un juicio concerniente a la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico (desvalorizado) a su autor (atribuibilidad del hecho al autor)» (8). Sólo hay pues coincidencia en este punto de partida: «Mientras que la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere además la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor» (9).

(3) COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR. *Derecho penal; parte general*. 2ª edición, 1987. Ed. Tirant lo blanch, pág. 395.

(4) CEREZO MIR, JOSÉ. «Culpabilidad y pena», en su obra *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Ed. Tecnos, pág. 179.

(5) RUIZ VADILLO, ENRIQUE. «Algunas ideas sobre la culpabilidad», publicado en la revista *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la propuesta del anteproyecto del nuevo Código penal, volumen I, enero-diciembre 1983. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, pág. 106.

(6) MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal; parte general*. 2ª edición, 1985. Ed. PPU, pág. 575.

(7) TORIO LÓPEZ, ANGEL. «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, tomo XXXVIII, fascículo II, 1985, pág. 285.

(8) QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho penal*, 1989, pág. 365.

(9) MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal; parte general*, cit., pág. 575.

Por ello, se afirma que «la teoría del delito se apoya sobre estos dos pilares básicos: a) Un hecho prohibido (antijuridicidad) y b) su atribuibilidad a su autor (culpabilidad). El examen de la culpabilidad del sujeto sólo debe efectuarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico. No existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico» (10). Más allá de lo dicho el acuerdo desaparece. Como dice QUINTERO, «el concepto de culpabilidad está sometido a la más intensa crítica doctrinal» (11). Por esta razón, es necesario partir de una delimitación histórica del problema, que marque los hitos más significativos de la evolución del concepto de la culpabilidad, puesto que sólo desde una perspectiva histórica puede apreciarse y entenderse la polémica actualmente planteada en torno a dicho concepto.

Pues bien, como ha señalado QUINTERO, la culpabilidad como característica del delito es de implantación relativamente tardía. La distinción «antijuridicidad-culpabilidad» se debe a VON LISZT y BELING, como consecuencia de la construcción de una teoría del delito que partía de la división del mismo en dos partes: Una parte externa, que se identificó con el objeto de la antijuridicidad, y una parte interna, que se atribuyó a la culpabilidad (12). Por eso, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «los escritores se limitaban a sostener que además de la causalidad material, era preciso que hubiera una causalidad moral, una conexión psíquica entre el autor y el acto ejecutado» (13). De acuerdo con esta concepción, el delito aparecía, en palabras de MIR PUIG, «como el resultado de una doble vinculación causal: la relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica, en que consiste la culpabilidad» (14). Conexión psíquica consistente en comprender lo que se hacía y querer hacer aquello que se representaba.

Esta primera doctrina penal sobre la culpabilidad, que posteriormente fue denominada «concepción psicológica», fue mantenida hasta bien entrado el siglo XX. Así, CUELLO CALÓN decía en 1929 que «para que un individuo sea declarado responsable y culpable... son condiciones precisas: a) Que sea su causa física...; b) que sea su causa moral, que haya comprendido y querido el acto, es decir, que lo haya ejecutado con intervención de su inteligencia y de su voluntad» (15).

(10) MIR PUIG, SANTIAGO. *Op. cit.*, pág. 576.

(11) QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho penal, cit.*, pág. 68.

(12) Vid. QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, pág. 366; y MIR PUIG, SANTIAGO, *op. cit.*, pág. 578.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho Penal español; parte general*, 9ª edición, 1985. Ed. Dykinson. pág. 437.

(14) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 579.

(15) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, pág. 437.

La concepción psicológica, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, «respondía perfectamente a la colocación de la voluntad en el centro de la culpabilidad, y particularmente de la culpabilidad dolosa, pues la culpa se incorpora a las especies de la culpabilidad en una etapa relativamente tardía, e incluso... se piensa hasta entrado el siglo XIX que es una segunda fuente de imputación distinta del delito» (16). Pero pronto se advirtió que, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «un nexo psicológico entre el querer del agente y la realización típica solamente existe, en puridad, como ya reconociera RADBRUCH, en el caso del dolo. Pero aun cuando ese nexo psicológico fuera entendido en un sentido muy laxo, habría que admitir que falta en absoluto en la hipótesis de la culpa inconsciente. Las tentativas encaminadas a hallar una relación psicológica entre el hecho y la conciencia del autor en los casos de culpa inconsciente han conducido, como no podía menos de suceder, al fracaso, pues ninguna conexión cabe establecer entre conciencia y hecho cuando éste no ha sido siquiera objeto de representación y ha permanecido, en todo momento, ajeno a la psique del autor» (17).

Del mismo modo, la concepción psicológica resultó inservible a la hora de explicar «por qué en supuestos dolosos, en los que, por tanto, se encuentra presente la citada relación psicológica, puede no obstante descartarse la culpabilidad si concurren ciertas circunstancias que no cabe entender como casos de desconexión psicológica que, por ello, impliquen la ausencia del dolo. Así, por ejemplo, cuando el sujeto, queriendo hacerlo, realiza un hecho típico y antijurídico movido por un miedo insuperable: considerado éste como una causa de exculpación, sin embargo aparece claro que no supone la falta de dolo» (18).

Ante la inviabilidad de la concepción psicológica, surgió lo que se ha llamado la concepción normativa de la culpabilidad. Como dice SAINZ CANTERO, «como su fundador, se suele señalar a FRANK, aunque en puridad de conceptos no puede decirse que lo sea, ya que no se trata de un descubrimiento que se produzca de una sola vez, sino de una serie de exposiciones y aclaraciones de índole material y sistemática. Lo que sí puede decirse es que FRANK es el primero que da a esta dirección carácter real» (19).

La concepción psicológica entendía que el dolo y la culpa eran la culpabilidad misma en una u otra de sus posibles especies o clases. El dolo y la cul-

(16) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op.cit.*, pág. 437.

(17) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 409.

(18) OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA. *Derecho penal: parte general*. 2ª edición, 1986, pág. 282.

(19) SAINZ CANTERO, JOSÉ A. *Lecciones de Derecho penal: parte general*, 3ª edición, 1990. Bosch Casa Editorial, pág. 622.

pa constituían de este modo el contenido completo de la culpabilidad. El mérito de FRANK fue precisamente, como señala SAINZ CANTERO, advertir que la culpabilidad no se agota con la sola relación psicológica entre sujeto y resultado, sino que es preciso extender el concepto de culpabilidad para que comprenda la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, dada la importancia que tales circunstancias revisten. Así, «la culpabilidad del cajero de una empresa que, estando bien remunerado, se apropia del dinero que tiene bajo su custodia para llevar una vida de lujo y excesos, no puede ser la misma que la del modesto cartero que, escasamente remunerado y agobiado por acuciantes necesidades familiares, realiza la misma acción para atender a éstas» (20). La doctrina posterior profundizó en lo que FRANK había esbozado, configurándose de esta manera lo que, como dijimos, se ha denominado «concepción normativa de la culpabilidad».

Con arreglo al nuevo planteamiento, la culpabilidad viene a ser un juicio de valor por el que se reprocha al autor del hecho típico y antijurídico no haberse comportado conforme al Derecho cuando podía haberlo hecho, o lo que es lo mismo, haberse comportado contra el Ordenamiento jurídico cuando podía exigírsele que hubiera actuado conforme a él. Esta concepción permitió explicar satisfactoriamente por qué «subsiste el dolo, pero no cabe apreciar culpabilidad cuando concurre alguna causa de exculpación: por ejemplo, el miedo insuperable. Las causas de exclusión de la culpabilidad pasan a concebirse como supuestos en los que, dadas las circunstancias, no era exigible al sujeto otro comportamiento que el observado» (21). Y también permitió explicar la concepción normativa la existencia de culpabilidad en los supuestos de culpa inconsciente, permitiendo reprochar tales conductas a su autor «pese a que en tal supuesto no exista la indicada relación psicológica, porque ha infringido el deber de cuidado jurídicamente impuesto» (22) cuando podía exigírsele haber actuado conforme a la norma, con independencia de lo que efectivamente supo y quiso.

Como dice MIR PUIG, la caracterización de la culpabilidad como un juicio de reproche no significó que el dolo y la culpa dejaran de considerarse dentro de la culpabilidad, sino sólo que dejaran de verse como la culpabilidad (como sus especies), para pasar a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad (23). Tras las aportaciones de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y MEZGER quedó definida una concepción normativa propia

(20) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 622.

(21) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 283.

(22) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 284.

(23) MIR PUIG. *Op. cit.*, págs. 581-582.

del llamado «concepto neoclásico del delito», de acuerdo con la cual, la culpabilidad requería:

1) La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable.

2) El dolo o la culpa como voluntad defectuosa. El conocimiento propio del dolo, o su posibilidad en la imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a su significación antijurídica.

3) Ausencia de causas de exculpación (como el estado de necesidad exculpante) cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho (24).

La teoría finalista dio un paso más. Como dice SAINZ CANTERO, «al llevar el dolo al tipo del injusto y sacar también la culpa de la teoría de la culpabilidad, despojan a ésta de todo elemento psicológico, dejándola reducida a un juicio de valoración sobre el proceso de motivación (puro juicio de reproche). Todos ellos son elementos valorativos. La imputabilidad contiene el juicio sobre la capacidad general de motivación del autor; de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad se deduce que el sujeto, en el caso concreto, estaba en condiciones de conocer la antisocialidad de su acción; la exigibilidad de conducta legal valora el poder actuar del sujeto en relación con el deber. Cada uno de estos elementos contiene, pues, un juicio de desaprobación de diferente clase y en su conjunto denuncian una no correspondencia de la conducta del sujeto con las exigencias del Derecho, comportamiento que ha podido y debido evitar, por lo que le puede ser reprochada la conducta que ha realizado» (25).

Ahora bien, como señala QUINTERO, el hecho de que el dolo y la culpa pasen en esta «concepción normativa pura» a constituir elementos del injusto, no implica que el dolo y la culpa dejen de tener relevancia para la culpabilidad. «Así, para el acto doloso, se invocarán la conciencia de la antijuridicidad y la posibilidad de comportarse con arreglo a las exigencias jurídicas captadas por ese conocimiento; y, en cambio, para el actuar culposo se planteará la posibilidad potencial de conocer la norma de cuidado y el cuidado personalmente exigible al autor. En consecuencia, las bases del juicio de culpabilidad difieren entre el acto doloso y el culposo, con lo que resulta que, si bien el dolo y la culpa no son simples formas de la culpabilidad sino partes del injusto, la culpabilidad se produce de manera diversa para el dolo y para la culpa respectivamente» (26).

(24) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 582.

(25) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 626.

(26) QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.*, págs. 367-368.

La concepción normativa, progresivamente delimitada a través de la evolución histórica expuesta, ha devenido, como dice SAINZ CANTERO, «doctrina dominante», siendo aceptada tanto por causalistas como por finalistas. Sin embargo, desde hace unos años, «el concepto normativo de culpabilidad y la estimación de ésta como elemento del delito ha sido criticado por un sector, todavía minoritario, de la doctrina» (27).

Ahora bien, siguiendo a TORIO, es necesario precisar que «el debate versa hoy ante todo acerca del fundamento de la culpabilidad, es decir, sobre si la imputación subjetiva se basa en el poder obrar de otro modo, o en el carácter del autor, etc. No se discuten pues los elementos sino la *ratio essendi* de la culpabilidad» (28).

Hay que recordar que el fundamento de la concepción normativa de la culpabilidad descansa, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «en la idea de la libertad humana. Un sujeto es considerado culpable cuando se piensa que podía haber actuado de otra manera a como lo hizo, que pudo haber conformado su conducta a las exigencias del Derecho, ajustarla al deber jurídico de proceder de otro modo. Es más, sin la idea de la libertad resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no ya la culpabilidad sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales, desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. El Derecho penal está edificado sobre la base de que el hombre es un ser libre» (29).

Pues bien, un sector doctrinal critica la culpabilidad como elemento del delito precisamente en este fundamento, afirmando que el libre albedrío no existe, o al menos es indemostrable. Como ha señalado GIMBERNAT, de nuevo estamos asistiendo a «la venerable polémica —enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)— entre la dirección moderna o positivista y la clásica, entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática jurídico-penal y los que quisieran ver el Derecho penal desplazado por la criminología» (30). La polémica entre deterministas e indeterministas, que tanta relevancia adquirió el siglo pasado con el enfrentamiento doctrinal entre la escuela clásica y la po-

(27) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 627.

(28) TORIO LÓPEZ. *Op. cit.*, pág. 291.

(29) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, págs. 433-434.

(30) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUÉ. «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en su obra *Estudios de Derecho penal*. 1ª edición, 1976. Ed. Civitas, pág. 59.

sitivista, ha vuelto a plantearse de nuevo, si bien con una peculiaridad: como dice LIBORIO L. HIERRO, «la interferencia activa de científicos ajenos al mundo jurídico, principalmente psiquiatras, psicólogos y sociólogos», a quienes los penalistas acuden para apoyar sus tesis (31).

De este modo, GIMBERNAT afirma que pretender fundar el Derecho penal en el «indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano». MIR PUIG sostiene igualmente que «resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa», por lo cual «no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo». Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO dicen que «el psicoanálisis, los modernos estudios de psicología profunda y de sociología de la conducta desviada han llevado a poner más que razonablemente en duda la existencia de esa libertad de voluntad», de manera que «lo evidente de la indemostrabilidad de la existencia del libre albedrío convierte a esta idea en inutilizable de cara a una construcción, que se reclama científica, de la teoría jurídica del delito». Lo cierto es que existe un número minoritario pero importante de autores que se mueven en esta línea (32).

Todos estos autores tienen un mismo punto de partida, la crítica al fundamento de la culpabilidad basado en la libertad del ser humano para optar entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre la conducta conforme a Derecho y la conducta contraria a Derecho. Partiendo pues de que esa libertad no existe, o al menos es científicamente indemostrable, las soluciones que los autores proporcionan son fundamentalmente dos: un sector doctrinal propugna la supresión de la culpabilidad como elemento del delito, sustituyendo el principio de culpabilidad por el principio de necesidad de pena, otro sector no quiere prescindir de la culpabilidad, sino que trata de dar a este elemento del delito una explicación distinta, que pretende ser más «científica». En estas ideas vamos a profundizar a continuación.

Así pues, existe una tendencia doctrinal que busca prescindir por completo del concepto de culpabilidad en su doble dimensión, como fundamento y medida de la pena, y propugna sustituir dicho elemento del delito por el criterio de la «necesidad» de la pena. Sin duda, el más caracterizado representante de esta postura es GIMBERNAT, cuya obra ha influido significativamente en otros autores españoles como MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO y

(31) HIERRO, LIBORIO L. «Libertad y responsabilidad penal», *ADPCP*, mayo-agosto de 1989, pág. 564.

(32) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 62; MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 584; OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, págs. 287-290.

HUERTA TOCILDO, QUINTERO, MUÑOZ CONDE, etc., aunque con variable intensidad para cada tratadista. Como se decía anteriormente, el mismo GIMBERNAT confiesa situarse en la vieja polémica entre deterministas e indeterministas, si bien con el novedoso añadido de la consideración de las aportaciones de la psicología y el psicoanálisis. Es significativo que en su obra se hagan constantes alusiones a las tesis de FREUD.

Parte GIMBERNAT del rechazo del fundamento de la culpabilidad antes expuesto: el «libre albedrío» o la libertad de voluntad, entendiendo que las «ciencias empíricas» más bien parecen indicar lo contrario, es decir, que el libre albedrío no existe, o por lo menos que es científicamente indemostrable. Rechazado pues el principio de culpabilidad, lo que pretende es demostrar que es falsa la idea de que «la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena: y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional» (33). Al contrario, «no es sólo que el psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases: es que sucede todo lo contrario: lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho Penal» (34).

La función de la pena es explicada por GIMBERNAT de este modo: «La pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o por lo menos indemostrable en el caso concreto. De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño —evidentemente inculpable— cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad, aunque no puede constatar si el comportamiento prohibido tiene origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones —con la amenaza y con la ejecución de las penas cuando no sean respetadas— un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor» (35).

La eficacia de la pena se explica de acuerdo con los esquemas del psicoanálisis: «el super-yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado... así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir —creando miedos reales que

(33) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 59.

(34) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 64.

(35) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 66-67.

luego son introyectados de generación mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de la convivencia humana» (36).

Explicada la pena de este modo, y concebido el Derecho penal de esta manera, entiende GIMBERNAT que «la pena no es ya algo irracional, sino racional, es más razonable» (37), puesto que deja de ser retribución por el mal libremente causado para pasar a concebirse como «una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son» (38), ya que aunque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir, también sabemos que una sociedad que prescindiese de la pena «tendría sus días contados» (39).

Sentadas estas bases, lo que GIMBERNAT pretende es demostrar que las consecuencias que la doctrina generalmente extrae de la aceptación del principio de culpabilidad pueden seguir sosteniéndose, aun negando este principio, de acuerdo con el criterio rector de «la necesidad de pena». Así, justifica la exclusión de la «responsabilidad por el resultado» por ser ésta una responsabilidad innecesaria, ya que siendo estos casos de responsabilidad objetiva por el resultado supuestos en que el resultado producido era imprevisible, por mucho que se impongan penas en estos casos, tales resultados seguirán ocurriendo: «Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es, con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte, ¿qué controles podría crear o reforzar la pena si ese hecho se declarase delictivo? Pues no se podría pensar en serio que la sociedad esté interesada, por ejemplo, en impedir que los pilotos, al levantar el vuelo, replieguen el tren de aterrizaje, a pesar de que alguna vez ha sucedido que con esa acción se ha causado imprevisiblemente la muerte de un polizón» (40).

La mayor punición de los delitos dolosos por comparación con los culposos se basa en que «en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y por consiguiente la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar» (41). En cambio, en los delitos culposos no ocurre así: «Podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello conseguiríamos reducir el número de muertes culposas, pues todo sujeto que se com-

(36) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 64-65.

(37) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 67.

(38) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 68.

(39) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 69.

(40) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 74.

(41) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 75.

porta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión» (42).

En cuanto a la exclusión de la pena para los inimputables, señala GIMBERNAT que el hecho de que «su comportamiento delictivo quede impune no disminuye nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales», puesto que «el sujeto normal... sabe, pues, que la impunidad de aquellos no afecta a la suya», porque «sabe que pertenece a otro grupo y que a él sí se le va a castigar si realiza un tipo penal» (43).

Otro grupo de autores, sin proponer la supresión de la culpabilidad, pretenden darle un fundamento y un contenido distinto. Quizá el que más se acerca a las tesis de GIMBERNAT es MIR PUIG. Este autor tiene idéntico punto de partida que el de GIMBERNAT: la negación del libre albedrío sobre la base de la imposibilidad de su demostración científica. La distinción entre los culpables y los inculpables viene dada por lo siguiente: «El inculpable es un sujeto no motivable mediante normas», o mejor, «quien actúa sin culpabilidad no deja de ser totalmente motivable por la norma, pero esto no supone que su decisión sea el producto de un proceso de motivación normal. En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada normativa. Por una parte, ni los oligofrénicos ni los menores pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal, ni los enfermos mentales pueden siempre captarla sin deformar su significado cuantitativo o cualitativo. Por otra parte, la culpabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquella, sea por razones personales (enfermedad mental) o situaciones (causas de no exigibilidad) o por la posible concurrencia de ambas (trastorno mental transitorio). Todo ello redundaría en una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente» (44).

MUÑOZ CONDE se manifiesta en el mismo sentido: «El concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible porque se basa fundamentalmente en un argumento que es racionalmente indemostrable: la ca-

(42) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 76.

(43) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 77-78.

(44) MIR PUIG. *Op. cit.*, págs. 588-589.

pacidad de actuar de un modo distinto a como realmente se hizo» (45). Ahora bien, «rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no supone tener que renunciar a este concepto como categoría jurídico penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento más convincente» (46). Ese fundamento lo encuentra MUÑOZ CONDE en lo que la sociología moderna conoce con el nombre de expectativas: «Cualquiera puede esperar de mí que me comporte de acuerdo con una norma, y lo mismo puedo yo esperar de los demás...» «También la norma penal constituye un sistema de expectativas: Se espera que no se realice la conducta por ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione contra ella con una pena» (47). De esta manera, «el fundamento material del principio de culpabilidad está por tanto en íntima relación con la función de motivación de la norma penal» (48), pero «la norma penal debe motivar al individuo, es decir, debe incidir sobre el individuo que en el caso concreto actúa conforme o en contra del mandato normativo», por lo que «mal se puede reprochar... a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales» (49). Por ello, «hablar de culpabilidad allí donde la norma penal no motiva al individuo es tan absurdo como hablar de democracia allí donde ésta no existe» (50).

QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES, después de reconocer que actualmente se puede considerar como dominante la concepción «puramente normativa», y hacerse eco de la crisis de la culpabilidad a la que se está haciendo referencia, proponen un planteamiento que ellos mismos reconocen utópico, que partiendo de la erradicación del binomio reproche-responsabilidad del ámbito penal, fije sus objetivos «en la reducción de las necesidades y miedos sociales que desembocan en postulados culpabilistas, el Derecho penal; debería apartarse de aquellas fórmulas teóricas que asignan a las normas funciones de constitución y estabilización de fidelidades a la sociedad (HAFFKE); de esta manera, el delito y las consecuencias legales que comporta, perderían el poder de fascinación subyacente ejercido en la sociedad actual» (51).

(45) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. «El principio de culpabilidad», en las *III jornadas de profesores de Derecho penal*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, 1976, pág. 223.

(46) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 225.

(47) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 226.

(48) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, págs. 229-230.

(49) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 231.

(50) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 240.

(51) QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.*, pág. 375.

En fin, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO presentan razonamientos similares a los ya expuestos: «El rechazo de la tradicional teoría normativa de la culpabilidad en razón a la indemostrabilidad científica de sus puntos de partida, obliga a buscar otros fundamentos para la atribución jurídica del hecho típico y antijurídico a su autor, y paralelamente, para negar dicha atribución» (52). Y ese fundamento lo encuentran también en la función motivadora de la norma penal, que «a través de amenazar con un castigo (pena) la realización de un cierto comportamiento (descrito en el tipo) intenta motivar a los individuos para que no lleven a cabo tal comportamiento» (53), si bien hay que tener en cuenta que no se trata de una motivación en contra del delito, sino en contra de la realización del delito.

El análisis de las opiniones suscritas por los penalistas cuya obra se ha estudiado pone de manifiesto claramente que estamos nuevamente sumergidos en la inacabable polémica «determinismo-indeterminismo». GIMBERNAT —lo vimos antes— lo reconoce expresamente, y en el mismo sentido se pronuncia SAINZ CANTERO: «La polémica... no es en su fondo, más que un nuevo surgir del enfrentamiento, que aparece como una constante en la historia del pensamiento penal, entre los partidarios del libre albedrío y los deterministas» (54). Estamos, ciertamente, ante una cuestión para la que no parecen existir soluciones concluyentes. Recientemente ha señalado SCHÜNEMANN que la polémica «entre determinismo e indeterminismo se remonta hasta Demócrito y Platón, Aristóteles y Epicuro, y desde entonces no ha sido omitida por ningún gran filósofo» (55), y dadas las cosas no hay que esperar una pronta clarificación, definitiva e incontestable para este tema. Con todo, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «por ardua que parezca, la problemática del libre albedrío no puede dejarse de lado» (56). Hay autores que no lo entienden así; por ejemplo, CUELLO CALÓN, para quien «este problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho penal» (57). Pero, por las razones que más adelante se verán, es más correcto entender, siguiendo a LIBORIO L. HIERRO, que esta es una cuestión relevante, «tan relevante que tomar una u otra posición podría conducir

(52) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 289.

(53) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 295.

(54) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, págs. 633-634.

(55) SCHÜNEMANN, BERND. *Derecho y libertad de voluntad*. Seminario de Derecho penal del Colegio Universitario San Pablo (CEU), 8 de abril de 1991 (no publicada).

(56) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 397.

(57) CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho penal*. Bosch, casa editorial. Decimoctava edición, puesta al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ. 1980. pág. 430.

a resultados sociales (no sólo teóricos ni principalmente teóricos) tan distintos que probablemente harían recapacitar a los propios penalistas» (58).

Recordando lo ya visto, hemos comprobado que las críticas a la culpabilidad se basan en su indemostrabilidad científica, por estar basada en un dato indemostrable cual es el libre albedrío. Ciertamente, como dice CARBONELL MATEU «lo único demostrable del libre albedrío es su indemostrabilidad», y por ello se quiere construir un Derecho penal basado en la motivación normativa sobre la base del principio de necesidad de pena, un Derecho penal «científico» (59).

Ahora bien, en este punto hay que hacer una primera puntualización: si decimos que lo único demostrable del libre albedrío es su indemostrabilidad, nos estamos situando en un concreto paradigma de ciencia, el «causal-explicativo», que es el que los autores «prevencionistas» (deterministas) utilizan o al que dichos autores se refieren cuando discurren sobre la indemostrabilidad de la libertad de voluntad. Y en esta primera puntualización hay que dejar sentado que las relaciones humanas no pueden reconducirse a ese esquema causal-explicativo, propio de las ciencias de la naturaleza, que aspira a formular leyes naturales que rigen todos los fenómenos en relación de causa a efecto. Y ello porque, como acertadamente ha señalado GARCÍA-PABLOS, «ese esquema causal explicativo se halla desacreditado, especialmente cuando el objeto sobre el que versa es el hombre o la realidad social. Quebra entonces el concepto de causa científico-natural y las propias pretensiones de las disciplinas del «ser» convencionales. Y nace un nuevo modelo o paradigma de ciencia más acorde con la realidad de su objeto, que sustituye la certeza (ciencias «exactas», ciencias del «dato») por la probabilidad; la verificación positiva, empírica, por la «no refutación»; la explicación de un fenómeno, por su comprensión» (60). Ya hace años dijo, en el mismo sentido, ANTÓN ONECA que la hipótesis determinista «es un resultado de la tendencia, tantas veces achacada al positivismo, de aplicar a los hechos humanos las leyes de la naturaleza, sin advertir cuánto aquellos fenómenos tienen de específico», para añadir a continuación que «la física moderna ya no admite el determinismo en su explicación de la naturaleza con la misma generalidad que la física clásica» (61).

(58) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 561.

(59) CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS; GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS y MENGUAL I LULL, JOAN B. *Enfermedad mental y delito (aspectos psiquiátricos, penales y procesales)*. Ed. Civitas, pág. 24.

(60) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Manual de criminología (introducción y teorías de la criminalidad)*. Ed. Espasa-Calpe, 1988, págs. 47-48.

(61) ANTÓN ONECA, JOSÉ. *Derecho penal; parte general*. Madrid, 1949, pág. 193.

La consecuencia de esta primera puntualización es que la pretendida «indemostrabilidad» del libre arbitrio se fundamenta en la errónea utilización de un esquema científico inapropiado para referirse a la persona humana, toda vez que «el hombre trasciende a las circunstancias que le determinan y escapa a los estrechos esquemas reactivos, causales, de fuerza. En definitiva, porque no es mero objeto, sino sujeto, y como tal debe ser contemplado» (62).

Otra objeción que se puede formular a los que critican la culpabilidad basada en el libre arbitrio es que aun concediendo que efectivamente el libre albedrío sea indemostrable, el determinismo es igualmente indemostrable. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN afirman: «cierto que esta libre capacidad de autodeterminación es indemostrable, tanto en general como en el caso concreto. Pero indemostrable no significa irracional. También el determinismo es indemostrable y, como hipótesis, resulta bastante menos plausible que el indeterminismo» (63).

Por su parte, MERCEDES GARCÍA ARÁN sostiene que «esa indemostrabilidad (la de la libertad de voluntad) es hoy considerada similar a la de otros datos con los que igualmente cuenta la teoría del delito, y desde luego, entendida desde una perspectiva «científica» puede predicarse igualmente de conceptos como la capacidad de motivación sobre la que se apoya gran parte de la doctrina moderna para explicar la culpabilidad» (64). En fin, LIBORIO L. HIERRO dice: «Si el psicoanálisis nos hace dudar del libre albedrío, la antropología, la historia y la sociología deberían hacernos dudar con mayor fundamento de la libertad, de la igualdad o de la interdicción de crueldad entre los hombres, es decir, de la dignidad humana» (65). En conclusión, la hipótesis «prevencionista» está afectada en su base por el mismo defecto del que pretende liberarse, ya que se edifica sobre un dato igualmente indemostrable.

Aquí hay que hacer una alusión a los datos «científicos» sobre los que los «prevencionistas» se apoyan. Si leemos atentamente sus escritos podremos observar que se hacen constantes alusiones al psicoanálisis, como ciencia que permite entender el delito del modo adecuado. Pues bien, volvemos nuevamente a lo mismo. El psicoanálisis presenta los mismos problemas que aquellos de los que los prevencionistas quieren escapar. GARCÍA-PABLOS escribe: «Freud manejaba indistintamente proposiciones que pertenecen a niveles

(62) GARCÍA-PABLOS. *Op. cit.*, pág. 48.

(63) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, págs. 398-399.

(64) GARCÍA ARÁN, MERCEDES. «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, tomo XXI, fascículo I, enero-abril 1988, pág. 86.

(65) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 567.

epistemológicos distintos: empírico, teórico, metateórico, etc., pasando de unos a otros sin cuestionar la licitud de tales malabarismos. Pero no sólo equiparaba el plano empírico y el teórico, confiriendo implícitamente igual validez a los hechos observados que a la interpretación de los mismos: Freud añadió afirmaciones metacientíficas no susceptibles de refutación ni de confirmación... el complejo de culpa, de origen edípico, como hipótesis psicoanalítica preferida para explicar el crimen, tampoco parece convincente. Es una generalización desmedida, porque no todo criminal lo sufre. Por el contrario, cabe mantener que la mayoría de los delincuentes tratan de eludir el castigo en lugar de buscar éste por supuestas tendencias autopunitivas. La antropología cultural, por otra parte, ha desmentido la pretendida universalidad del complejo de Edipo, del que se ha dicho gráficamente que «navega por la literatura como el buque fastasma por los mares: todo el mundo habla de él, algunos creen en él, pero nadie lo ha visto» (66). En el mismo sentido, LÓPEZ-REY ha dicho que «sin duda, la teoría freudiana del id, ego y superego, de los instintos, neurosis y sentimientos de culpabilidad son útiles en ciertos aspectos y decisivas en otros, pero como explicaciones generales no sirven. La razón de la negativa no es sólo metodológica, sino que, sociobiológicamente considerada, la construcción psicoanalítica carece de cimientos suficientes. En otras palabras, es en gran medida un conjunto de especulaciones que, aunque en parte empíricamente demostrables, carecen de rigor científico» (67).

Parecidas consideraciones pueden hacerse de otras teorías como el determinismo psicológico, fisiológico y biológico-social, porque tampoco estas teorías tienen una mayor base científica, y fracasan por no tener en cuenta que, como ha dicho SCHÜNEMANN, desde el momento que «en la conciencia tienen lugar operaciones lógicas ya no es posible una explicación causal del suceso». Hay que insistir en que en el estado actual de la ciencia, tras la aportación de personalidades tan relevantes como MAX PLANCK, SCHRÖDINGER o HEISENBERG, hay que partir de un indeterminismo original en el ámbito de la microfísica. Por ello, concluye SCHÜNEMANN, «en la actualidad no sólo estamos lejos de una estricta explicación causal de los procesos de formación de la voluntad, sino que tampoco disponemos ni siquiera de conceptos teóricos inobjetables para la formulación de las leyes causales... De todos modos, no se puede discutir honestamente que las modernas ciencias naturales permiten un espacio para una imagen indeterminista del mundo».

(66) GARCÍA-PABLOS, *Op. cit.*, págs. 418-419.

(67) LÓPEZ REY, MANUEL, *Criminología*. Biblioteca jurídica Aguilar. 1ª edición, 1975, pág. 122.

Y esto nos permite llegar a una conclusión: la dogmática jurídico-penal no es menos científica por el hecho de analizar un Derecho penal basado en la culpabilidad, ni es más científica por el hecho de analizar un Derecho penal basado en la «necesidad de pena». Así lo expresa LIBORIO L. HIERRO: «Del mismo modo que un tratado antropológico no es menos científico porque sistematice y explique el sistema de relaciones en una sociedad primitiva y más científico si --hipotéticamente-- nos explicara la composición y funcionamiento de "Walden II" o del "Mundo feliz", lo mismo ocurre en la Ciencia jurídica.» Y esto último, junto con lo anteriormente expuesto, nos permite llegar a la conclusión de que afirmar el principio de culpabilidad «no constituye ninguna base irracional para el Derecho penal ni para la ciencia del Derecho penal. Para el Derecho penal constituye una base valorativa, no necesariamente irracional. Para la Ciencia del Derecho penal es absolutamente indiferente». Ciertamente, «el problema de la culpabilidad donde tiene realmente su sede es en la relación del Derecho penal con los valores» (68) y no en pretendidas exigencias científicas.

En este sentido, dice MERCEDES GARCÍA ARÁN que «a los ciudadanos les son exigibles determinados comportamientos bajo la amenaza de una pena. Imponerla porque son libres de elegir o porque deben dejarse motivar por normas dirigidas a la prevención, se diferencia en el contenido ideológico de la justificación del castigo, pero en ambos casos supone aceptar que son exigibles conductas adecuadas al Derecho y que éste debe ejecutarse cuando se llevan a cabo otras distintas» (69).

En fin, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN entienden que «quienes tratan de fundamentar el Derecho penal eludiendo el problema de la libertad de voluntad no alcanzan, de ningún modo, su objetivo. No por dejar de presuponer la libertad de voluntad se logra un Derecho penal libre de presupuestos... El problema no es, pues, la elaboración de un Derecho penal libre de presupuestos ontológicos, sino la elección de aquellos presupuestos de los que deriven consecuencias menos insatisfactorias» (70).

Así las cosas, hay que afirmar que un Derecho penal basado en la culpabilidad fundamentada en el libre albedrío presenta menos inconvenientes que un Derecho penal basado en la prevención general. Antes veíamos que las críticas al principio de culpabilidad tomaban dos grandes direcciones: la de quienes negaban el principio, queriendo sustituirlo por otro; el de la ne-

(68) HIERRO. *Op. cit.*, págs. 566-567.

(69) GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Op. cit.*, págs. 91-92.

(70) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 399.

cesidad de pena; y la de quienes buscaban una nueva definición del mismo. Pues bien, ambos planteamientos presentan numerosos problemas, además de su base inconsistente —ya examinada—, que se verán a continuación.

En primer lugar, comenzando por los planteamientos de GIMBERNAT, hay que decir, ante todo, siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO, que «esta construcción requiere la averiguación de cuándo la pena es o no necesaria a los fines preventivos, lo que, dados los escasos conocimientos empíricos relativos a la prevención (Córdoba), puede resultar tanto o más inverificable que la posibilidad de actuar «de otro modo» a que se refiere la concepción normativa de la culpabilidad» (71).

Por otra parte, entiende CEREZO que «si se abandona el principio de culpabilidad, en el sentido de que ésta constituya el fundamento y el límite de la pena, no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias» (72). Así:

— Desde el punto de vista de la prevención general puede justificarse la existencia de delitos cualificados por el resultado, puesto que la pena en estos casos puede resultar eficaz no sólo respecto del autor sino respecto de terceros. Vgr., en el aborto con resultado de muerte del párrafo último del artículo 411 CP, la imposición de la pena cualificada por el resultado puede ser eficaz para hacer desistir de la idea de realizar prácticas abortivas.

— En cuanto a la relevancia del error de prohibición, es evidente que, como dice CEREZO, «la aplicación de una pena en los supuestos de error invencible de prohibición podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta» (73). Por otra parte, señala también CEREZO que «la misma distinción de error vencible e invencible presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba» (74).

— La distinción entre imputables e inimputables tampoco puede mantenerse de acuerdo con el principio de necesidad de pena. Si decimos que, desde la teoría de la «motivabilidad por la norma» hay imputables e inimputables, es porque los imputables son personas a las que la norma les motiva. Y si un inimputable realiza un hecho típico, la diferencia que hay con respecto al imputable es que el primero no podía motivarse pero el segundo sí. Pues bien, como dice CARBONELL MATEU, «cómo es posible que un sujeto cuyo

(71) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 294.

(72) CEREZO. *Op. cit.*, págs. 181 y ss.

(73) CEREZO. *Op. cit.*, pág. 183.

(74) CEREZO. *Op. cit.*, pág. 183.

libre albedrío se niega pueda motivarse es algo definitivamente mal explicado: si el agente pudo motivarse quiere decir que pudo no matar siendo así que lo hizo. Parece que estamos afirmando que el sujeto pudo optar, elegir, entre matar o no. En otras palabras: que pudiendo haber adaptado su conducta al Ordenamiento, no lo ha hecho: ha elegido matar. Pues bien, si pudo hacer algo distinto de lo que hizo —pues se afirma que pudo motivarse y no se motivó— quiere decir que era libre para elegir entre matar o no matar. Hemos regresado a la cuestión del libre albedrío» (75).

— El concepto de culpa presupone el reconocimiento de la posibilidad de actuar de acuerdo con el Ordenamiento jurídico, ya que al que actúa imprudentemente le castigamos porque, con independencia de lo que supo y quiso, pudo actuar de acuerdo con lo dispuesto en la norma, es decir, pudo ajustar a Derecho su conducta.

En tercer lugar, SCHÜNEMANN ha puesto de manifiesto como la prevención general amenazadora se anula a sí misma necesariamente en un contexto determinista, puesto que si el autor, como corresponde a la premisa determinista, no pudo actuar de otro modo a como lo hizo, la amenaza de la pena no sirvió para nada; y a la inversa, una amenaza penal adecuada frente a un sujeto motivable por ella, impide necesariamente en un contexto determinista la comisión del hecho, por lo que no habiendo delito no hay que plantearse la imposición de la pena.

En fin, el principal problema que plantea la hipótesis determinista es un problema mucho más profundo. Podemos concluir que nos es imposible decidir cuándo las personas actúan culpablemente o no, en el convencimiento de que la conducta humana está determinada por factores genéticos y sociológicos. Prescindiendo pues de todo sentimiento de culpabilidad y con el propósito de que la convivencia social no se haga imposible, podemos educar a las personas mediante un puro mecanismo de recompensa o castigo para guiar a las personas a hacer o no las cosas que convenga o no convenga que hagan, sin valoraciones morales que no nos sentimos capaces de hacer. LIBORIO L. HIERRO pone el ejemplo del padre de convicciones «científicas», convencido de la hipótesis determinista, que, incapaz de decidir cuándo sus hijos actúan culpablemente, y con la intención de que la vida familiar funcione, establece una serie de medidas mecánicas para disuadir a sus hijos de ciertas conductas, por ejemplo, un sofisticado sistema de descargas eléctricas ante los actos inadmisibles en la convivencia de la familia. Y concluye este autor que «si el método empleado es eficaz, sus hijos podrán llegar a tener un com-

(75) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 28.

portamiento perfecto, pero me temo que sus hijos nunca llegarían a tener conciencia moral; es decir, nunca llegarán a comportarse como hombres libres porque no fueron educados como hombres libres» (76). De ahí que HIERRO concluya que «si no se supone la libertad de voluntad la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal... Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Derecho...».

Los deterministas no han pensado, o no lo han hecho suficientemente, en este aspecto de la cuestión. Así, LUZÓN afirma que cabe pensar en un futuro, hipotético, en el que habiendo desaparecido todos los condicionamientos materiales, sociales, culturales, etc., que favorecen el delito, y gozando todas las personas de un elevadísimo nivel de autocontrol y estabilidad emocional, capaz de anular los impulsos delictivos, ya no sea preciso acudir a la amenaza de la pena para reforzar los mecanismos inhibitorios de la población. En palabras de CARBONELL MATEU, «día llegará en que la sociedad estará domada, habrá asumido la obediencia como única razón de ser —no debemos olvidar que las normas no valoran, sólo mandan o prohíben— y sólo delinquirán los enfermos, los locos. El panorama se parece demasiado al «mundo feliz» de HUXLEY o, si se prefiere, al «Walden dos» de SYNNER con el que guardaría mayor afinidad teórica como para no considerar insuficientes los límites al poder punitivo estatal derivados de esta postura» (77).

Por lo que respecta a los penalistas que sin prescindir del principio de culpabilidad, tratan de darle un fundamento y un contenido distinto, tampoco sus planteamientos pueden aceptarse. Muchas de las consideraciones hechas anteriormente podrían ser perfectamente reproducidas ahora. Sobre todo que, como dice CARBONELL MATEU, si hay que diferenciar a la hora de aplicar la pena entre imputables e inimputables, y se quiere que la diferenciación tenga contenido, es inevitable partir de un presupuesto: los imputables se diferencian de los inimputables en que los primeros al sentir la función motivadora de la norma en contra de la realización del delito y captar la amenaza de la pena, pueden optar, elegir, escoger, por no delinquir, y si no lo hacen se les castiga. En los inimputables en cambio esa libertad de opción falta. Si nuestra conducta estuviera determinada, en el sentido de que hay factores biológicos y sociales que nos fuerzan a delinquir aunque no quisiéramos hacer-

(76) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 569.

(77) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 34.

lo, la distinción entre imputables e inimputables carecería de sentido. En este sentido es acertada la afirmación de CARBONELL: «Se hacen esfuerzos para explicar por qué no se pune a los inimputables, cuando lo verdaderamente importante es fundamentar el castigo de los imputables, lo que, de momento, sólo se consigue presuponiendo la libertad de voluntad» (78).

En el fondo, no estamos ante un criterio superador de la concepción normativa. Es significativo que GÓMEZ BENÍTEZ haya señalado que la «motivabilidad» sea un criterio «pretendidamente alternativo al de la culpabilidad», y que el cambio teórico del libre albedrío a la motivabilidad, desde lo «metafísico» a la «utilidad», aunque se ejerció por algunos sectores de la doctrina «con la pretensión de desterrar del Derecho penal su componente culpabilística, llevó generalmente no tanto a suprimir la culpabilidad de la teoría del delito, como a explicar su contenido de forma distinta, es decir, ni siquiera a cambiar el contenido de la culpabilidad —salvo excepciones doctrinales— sino a explicar de forma distinta el mismo contenido» (79). A título de ejemplo, podemos ver que OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, después de analizar toda la problemática de la culpabilidad y su crisis, concluyen diciendo que «conforme a todo lo expuesto, a la atribuibilidad pertenecen como elementos de la misma:

— La cognoscibilidad de la antijuridicidad.

— La imputabilidad, basada en la motivabilidad como aptitud psíquica de autogobierno del comportamiento por el temor a la pena.

— Y la no exigibilidad de comportamiento distinto, expresiva de la incidencia que sobre la motivabilidad de un individuo en principio motivable pueden tener ciertas situaciones (factores exógenos) y no factores endógenos (determinantes de la inimputabilidad o de la semiinimputabilidad)» (80). En el fondo, es la misma concepción normativa la que se enuncia, explicada quizá de otra manera, pero con idéntico contenido.

Hay que terminar señalando que en la generalidad de los autores «deterministas» existe una constante confusión entre el campo del conocimiento y el campo del ser. Es cierto que no sabemos si gozamos de libre albedrío, o mejor, es cierto que con arreglo a un modelo científico causal-explicativo el libre albedrío es indemostrable, pero es inadmisibles pasar de la afirmación «no sabemos si somos libres» a la afirmación «no somos libres». Tal vez la persona

(78) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 34.

(79) GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Lecciones de teoría jurídica del delito* (tomo II), 1ª edición, 1983. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, págs. 185-186.

(80) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 304.

humana goce efectivamente de libertad de voluntad —parece que es así—, quizá no seamos libres y nuestra conducta esté determinada —esto parece bastante más improbable— pero en todo caso el hecho de que no nos conste con total certeza que somos libres, el hecho de que se pueda dudar, no autoriza a dar un paso adelante y decir que la libertad no existe porque no es empíricamente demostrable. En última instancia, la afirmación «sólo existe lo que es demostrable» es, a su vez, indemostrable.

Visto pues que las posturas deterministas presentan obstáculos e inconvenientes importantes, hay que afirmar que la opción por un Derecho penal de culpabilidad basado en la libertad de voluntad se presenta como más racional. Como dice CARBONELL, «desde la libertad se explica, desde luego, mejor el Derecho penal» (81). Es evidente que, como afirma SCHÜNEMANN, «también el Derecho es un producto cultural, y por lo tanto, una parte de la realidad socialmente creada», y por tanto se apoya sobre los presupuestos elementales de la interacción social tal como ésta ha sido constituida en la respectiva sociedad. Pues bien, como reconoce MUÑOZ CONDE, «tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen» (82), y siguiendo a SCHÜNEMANN hay que decir que «también la experiencia subjetiva de la libertad de cada individuo es parte de la realidad social, porque es reproducida permanentemente en el contacto de los miembros de la sociedad entre sí y también aplicada a los otros. Con otras palabras: aparece presupuesta tanto en la explicación de las propias acciones frente a la sociedad, como en la interpretación de las acciones de los otros... Por tanto, el reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad es una parte indiscutible de la realidad social que pertenece inclusive a los presupuestos básicos indispensables de las relaciones sociales». Y este reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad se manifiesta en nuestras estructuras lingüísticas. SCHÜNEMANN afirma que el lenguaje de una sociedad manifiesta su visión del mundo, y puede verse que las lenguas indogermánicas aceptan la libertad de voluntad como un concepto básico del entendimiento del mundo. Así, «la construcción de sus proposiciones con un sujeto de la acción y un objeto sobre el cual la acción recae, las formas gramaticales activas y pasivas, y la distribución del carácter de los sujetos como yo, tú y los terceros que no participan personalmente en la interacción, son expresión de una visión del mundo acuñada por un sujeto que decide libremente». Ello a diferencia de variedades lingüísticas propias de so-

(81) CARBONELL, MATEU. *Op. cit.*, pág. 29.

(82) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 223.

ciudades primitivas, no evolucionadas, como ciertos dialectos indios, en los que falta la distinción entre sujeto y predicado, o no se distingue entre el agente y la acción, lo cual es expresión, según SCHÜNEMANN, de la visión del mundo que domina en los pueblos indios, con un planteamiento determinista según el cual la necesidad envuelve a las personas.

Dado que, como decíamos, el Derecho es un producto cultural, parte de estas mismas estructuras. Por eso el criterio determinista no encaja en nuestro Ordenamiento jurídico, el cual está apoyado en un juego lingüístico indeterminista. Ya veamos que conceptos jurídico penales como la acción penalmente relevante frente a la fuerza irresistible, el dolo y la culpa, la imputabilidad y la inimputabilidad, la vencibilidad y la invencibilidad del error, el criterio de exigibilidad en los delitos de omisión de ayuda, etc., presentan graves dificultades para encajar en un contexto determinista. Como dice SCHÜNEMANN, «sólo si para cada uno de nosotros fuera obvio abandonar las categorías de yo, tú y él, de sujeto, predicado y objeto, de activo y pasivo, y fuéramos capaces de pensar sobre nosotros mismos que «puede ser que después de la clase se me encuentre en la cervecería», como si esto no dependiera de mi voluntad, entonces se podría pensar también en el Derecho que cabría renunciar a la libertad de voluntad como fundamento necesario que proviene de la realidad social». Precisamente porque el Derecho no puede emanciparse de las estructuras lingüísticas, hay que concluir que la reprochabilidad por un hecho punible cometido por una persona normalmente motivable que actúa en circunstancias normales, surge ya de la misma construcción social de la realidad. En conclusión, siguiendo nuevamente a SCHÜNEMANN, hay que decir que «la libertad de voluntad, en el entendimiento aquí esbozado, puede ser concebida como un logro de la evolución cultural del hombre, que consiste en la adquisición de la facultad de dirigir su comportamiento a través de la conciencia y según valores críticamente analizados y considerados correctos».

Queda visto, por tanto, que el determinismo no es más científico ni más racional que el indeterminismo. Más bien ocurre al contrario. Por eso aquí optamos por la culpabilidad basada en la libertad de voluntad. Podemos terminar este razonamiento recordando las palabras de CUELLO CALÓN: «La creencia en el libre arbitrio y en la libertad moral que inspira en el hombre el sentimiento de la responsabilidad de la propia conducta es una creencia favorable a los intereses sociales cuya difusión entre las masas es beneficiosa en alto grado. El sentimiento de la responsabilidad moral, uno de los sentimientos colectivos más sanos y elevados, debe ser mantenido para el triunfo de la moralidad y la justicia. GAROFALO decía que el determinismo es una hipótesis a la que se puede prestar una adhesión filosófica, pero nunca podrá ser popu-

lar... La conciencia del pueblo... siempre conceptúa la virtud y la moral merecedoras de premio y el vicio y la perfidia dignos de castigo... un Código no puede por tanto prescindir del criterio de la responsabilidad moral, porque la ley está hecha para el pueblo y no para los filósofos deterministas» (83).

Obviamente, optar por la libertad de voluntad no implica sostener que el hombre sea una *causa sui*. Más modestamente, y como dice RODRÍGUEZ DEVESA, lo que quiere decirse con ello es que el hecho de que «el ser humano esté condicionado física y psíquicamente no significa que su comportamiento sea necesitado, es decir, constreñido en sus opciones por la ley de la causalidad» (84). El Derecho penal se asienta sobre esta idea, la de la libertad concebida, tal como señala RUIZ VADILLO, como «la posibilidad que tiene el hombre de optar por uno de entre una pluralidad de caminos» (85). Precisamente porque la libertad es un presupuesto constitutivo de la ley penal, afirma HIERRO que «el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, trata al imputado como si fuera un ser racional y libre, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma... El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar sino como un presupuesto valorativo general del sistema...» (86). Tiene razón SAINZ CANTERO cuando dice que «la ley penal establece la presunción de que el autor de la conducta típica y anti-jurídica pudo actuar de otro modo —también en el caso concreto— siempre que no concurren en él algunas de las causas de inimputabilidad que la ley establece. Si el autor, en quien no concurren ninguna de estas causas ha realizado la conducta típica y antijurídica dolosa o culposamente y no se halla en situación concreta tal que determine el que no le sea exigible un comportamiento distinto al realizado, se ha hecho merecedor, según el ordenamiento penal vigente, al juicio de reproche en que la culpabilidad consiste» (87).

Aceptado pues el principio de culpabilidad, hay que analizar ahora cuáles son las consecuencias que derivan del principio: «No hay pena sin culpabilidad y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.» Este análisis reviste una enorme importancia, ya que como dice BACIGALUPO, «es posible afirmar que en la ciencia penal actual existe acuerdo respecto a la vigencia de las consecuencias del principio de culpabilidad, aunque no se verifique coincidencia alguna respecto de su fundamentación» (88). Por tanto, hay

(83) CUELLO CALÓN. *Op. cit.*, pág. 431.

(84) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, pág. 434.

(85) RUIZ VADILLO. *Op. cit.*, pág. 107.

(86) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 568.

(87) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 634.

que examinar cuáles son las consecuencias limitadoras del *Ius puniendi* del Estado que se asocian al principio de culpabilidad; pues bien, podemos citar como tales las siguientes:

— Principio de personalidad: Por el que se consagra la responsabilidad por el hecho propio, excluyéndose consiguientemente la responsabilidad por hechos ajenos y la responsabilidad colectiva.

— Principio de responsabilidad por el hecho, que impide la configuración de un Derecho penal de autor, en el que no se castiguen hechos punibles, sino modos o maneras de ser. Este principio está profundamente unido al de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, así como al de legalidad.

— Principio de responsabilidad subjetiva, o de «dolo o culpa», por el que se excluye la responsabilidad objetiva por el resultado en todas sus manifestaciones, y se exige al menos culpa para poder imponer una pena, excluyéndose la responsabilidad por el caso fortuito.

— Principio de culpabilidad en sentido estricto, que exige tener en cuenta las condiciones psíquicas del autor (imputabilidad o inimputabilidad), el grado de conocimiento que tenía sobre la significación jurídica del hecho (posibilidad del error de prohibición), y la situación concreta en que se encontraba para que las circunstancias concurrentes puedan permitir la exención o al menos la atenuación de la responsabilidad criminal (no exigibilidad de una conducta distinta).

— Principio de proporcionalidad, el cual se subdivide en una serie de exigencias:

a) Adecuación al fin: la pena ha de ser apta para lograr los fines que con ella se pretenden.

b) Necesidad: la pena tiene un evidente carácter subsidiario, de manera que no deberá acudir a la vía penal cuando el orden jurídico pueda ser protegido por medios menos gravosos, y por el cual se podrá sustituir la pena, cuando su aplicación no sea necesaria en el caso concreto, por mecanismos sustitutorios de la misma o por institutos como la suspensión del fallo, la remisión condicional de la pena, etc.

c) Proporcionalidad en sentido estricto: la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del delito cometido, ponderando si las penas son o no proporcionadas a la defensa del bien jurídico que se quiere proteger.

Ello implica, como dicen COBO DEL ROSÁL y VIVES ANTÓN, «junto a la idea negativa de que la pena no puede sobrepasar la medida de la cul-

(88) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 936.

pabilidad, la idea positiva de que ha de ser proporcional a la medida de la culpabilidad. Pero, en este sentido, no puede pretenderse que tenga una vigencia positiva, determinista del *quantum* concreto de la pena, sino meramente negativa, excluyente de la pena que exceda los límites del reproche» (89).

(89) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 401.

## II. ¿TIENE RANGO CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «en el Derecho positivo español no existe una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional» (1). Es más, BACIGALUPO dice que «no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución española ni se encuentra tampoco en las declaraciones de derechos suscritas por España que, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, deben respetarse en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce» (2). Sin embargo, entiende este autor que podría derivarse dicho principio del principio de Estado de Derecho del artículo 1º.1 CE, así como de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 CE.

En este sentido, precisamente, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán, el cual afirma que «con la pena, inclusive con la contravencional, se formula un reproche al autor. Tal reproche jurídico-penal presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad. De otra manera la pena sería una retribución incompatible con el principio de Estado de Derecho respecto de un suceso por el que el afectado no tiene por qué responder. La sanción jurídico-penal, o de naturaleza similar, de un hecho no cometido culpablemente por el autor es contraria al Estado de Derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2º.1 de la ley fundamental» (3).

La «constitucionalización» del principio de culpabilidad, en el sentido indicado, ha sido igualmente aceptada por nuestro Tribunal Supremo, en una importante sentencia de 6 de abril de 1990, la cual en su fundamento jurídico primero dice lo siguiente: «El artículo 10.1 CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son fundamento del orden político y la paz social, impone un Derecho penal respetuoso del principio de culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho» (4).

En fin, nuestro Tribunal Constitucional ha abordado esta cuestión en una muy reciente sentencia, de 4 de julio de 1991. Sin perjuicio de que posterior-

(1) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 399.

(2) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 937.

(3) Vid. BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 939.

(4) Vid. el texto de la sentencia así como el comentario que realiza BORJA JIMÉNEZ en la *Revista General de Derecho*, septiembre de 1990, págs. 6580 y ss.

mente estudiemos más a fondo esta sentencia al analizar la problemática que plantea la agravante de reincidencia, aquí cabe señalar que en su fundamento jurídico cuarto podemos leer lo siguiente: «En efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos... pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en modo alguno en norma un determinado modo de entenderlo, como el de la normalidad de la motivación.»

En una primera lectura, da la impresión de que este pronunciamiento del TC no contribuye precisamente a clarificar las cosas. Se comienza diciendo que, efectivamente, el principio de culpabilidad ha quedado constitucionalizado, pero a continuación se rechaza que la Constitución haya asumido ninguno de los múltiples planteamientos, caracterizaciones o intentos de explicación dogmática que de dicho principio proponen los autores. Y si tenemos en cuenta que, como ya se vio antes, este principio es explicado de forma muy divergente por los distintos tratadistas, de tal manera que el principio de culpabilidad es uno de los puntos más polémicos de la actual doctrina, la realidad es que no queda muy claro qué es lo que está constitucionalizado. Decir, sin más, que el principio de culpabilidad ha sido asumido por la Constitución, pero sin asumir ésta ninguno de los intentos dogmáticos de explicación de este principio, produce, en un primer momento, una cierta confusión, pues al fin y al cabo no se sabe muy bien qué es lo que la Constitución ha recogido.

Cabe, sin embargo, otra interpretación que disipa estas dudas. Puede pensarse, y creo que aquí está la clave de la cuestión, que el Tribunal Constitucional se ha referido no tanto a la discutida culpabilidad elemento del delito, cuanto al principio «político-criminal» de culpabilidad. Es decir, cuando el Alto Tribunal se refiere a la constitucionalización de este principio parece que hace referencia a las consecuencias del principio, o mejor, a las garantías que suelen predicarse como consecuencia del principio de culpabilidad en cuanto desarrollo de él, y sobre las cuales hay un amplio consenso doctrinal, por encima de las discrepancias que la culpabilidad como concepto o elemento del delito suscita. De esta manera, con la afirmación del TC antes transcrita, quiere decirse que la Constitución recoge las consecuencias antes reseñadas del principio de culpabilidad, en cuanto las mismas constituyen unas importantes garantías de la persona frente al *tus puniendi* del Estado.

Entendidas las cosas de este modo, no resulta extraña esta toma de posición del TC. Ya hacía tiempo que la doctrina había señalado que, más que a

la siempre difícil búsqueda de la constitucionalización de la culpabilidad, los esfuerzos debían dirigirse a encontrar la protección constitucional de las consecuencias de dicho principio. Y lo cierto es que sin hacer interpretaciones forzadas, puede concluirse que nuestra Constitución ha recogido a lo largo de su texto las consecuencias del principio de culpabilidad. Así:

— El principio de personalidad, por el que se excluye la responsabilidad colectiva y la responsabilidad por hechos ajenos, está indudablemente encuadrado y protegido en el artículo 24 CE, que consagra la presunción de inocencia. Una responsabilidad penal por hechos ajenos también puede calificarse como contraria al artículo 17 CE, en cuanto que éste proclama que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», las cuales se verían indudablemente afectadas si se nos pudiera condenar por acciones cometidas por terceros extraños.

— El principio de responsabilidad por el hecho, que impide la configuración de un Derecho penal de autor que castigue modos o maneras de ser, tiene una indudable protección en el artículo 25, que recoge el principio de legalidad, y en el artículo 9º, en el que figuran los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

— El principio de responsabilidad subjetiva o de «dolo o culpa», que excluye la responsabilidad objetiva fundada en el *versari in re illicita*, encuentra acomodo en el principio de Estado de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia (art. 1º), y en los principios de seguridad jurídica (art. 9º) y respeto a la dignidad de la persona humana (art. 10), todos los cuales se verían infringidos o vulnerados si se impusieran penas por resultados fortuitos, causados sin dolo o culpa, y respecto de los cuales no se puede, por consiguiente, formular reproche jurídico-penal alguno. BACIGALUPO entiende que la exclusión de la responsabilidad objetiva puede fundarse también en el artículo 17, que otorga protección a la libertad y a la seguridad, puesto que «nadie es libre ni goza de seguridad si el Estado puede aplicarle penas por hechos u omisiones inevitables, es decir, que no sean consecuencia de su acción voluntaria evitable» (5).

— El principio de culpabilidad en sentido estricto tiene distintas manifestaciones que encuentran diversa protección. La distinción penalmente relevante entre imputables e inimputables se enmarca en el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14, una de cuyas manifestaciones es la necesidad de dar un trato desigual a los desiguales, pues podría ser discriminatorio dar el mismo trato a quienes presentan circunstancias personales distin-

(5) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 941.

tas. En este sentido son igualmente relevantes los principios de Estado de Derecho y justicia del artículo 1º, y el principio de respeto de la dignidad de la persona humana del artículo 10.

En cuanto a la posibilidad de haber evitado el delito, entiende BACIGALUPO que «es otra condición de la legitimidad constitucional de la aplicación de penas criminales, que se deduce de la protección que el artículo 17 CE otorga a la libertad y a la seguridad» (6). La posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la culpabilidad está incluida, según BACIGALUPO, en «el principio de legalidad (arts. 25.1 y 9º.3 CE) del que se deriva: el principio de legalidad penal no es sólo una garantía que regirá en el momento de la aplicación de la ley, sino también en el momento de la decisión del autor a la ejecución de la acción» (7).

— Finalmente, el principio de proporcionalidad, por la complejidad que presenta, requiere un análisis más minucioso.

En primer lugar, veámos que el principio de proporcionalidad exige que la pena sea adecuada para lograr los fines que con ella se pretenden. En este sentido, teniendo en cuenta que el artículo 25.2 CE dice que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados», es lógico que el artículo 15 prohíba las penas inhumanas y degradantes, y haya que rechazar cualquier tipo de pena opuesta al principio de respeto a la dignidad de la persona humana del artículo 10.

El derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17 puede fundamentar el criterio de subsidiariedad de la ley penal, que se manifiesta sobre todo en el principio de intervención mínima, por el cual se podrá acudir a medios menos gravosos que la sanción penal cuando el orden jurídico perturbado pueda ser reestablecido convenientemente con medios menos lesivos para los particulares. En cuanto a la sustitución de la pena por medios como la suspensión del fallo o la remisión condicional de la pena, su justificación se encuentra en la finalidad de reeducación y reinserción social que como acabamos de ver señala el artículo 25.2.

En fin, la proporcionalidad en sentido estricto ha sido ya objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sentando éste una serie de afirmaciones de gran trascendencia en la sentencia número 65/86, de 22 de mayo. A estos efectos, como señala JAÉN VALLEJO en su comentario a dicha sentencia, hay que partir de las tres distintas fases en que se divide el proceso de

(6) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 940.

(7) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 940.

determinación de la pena, y que en su día distinguió RODRÍGUEZ DEVE-SA: la individualización legal, la individualización judicial y la individualización penitenciaria. Y ello porque «los problemas de carácter constitucional que pueden derivarse de ese proceso de individualización son de distinto orden, según cuál sea la fase en que concretamente se produzcan» (8).

La cuestión básica que se planteó ante el TC era relativa a los criterios del legislador al establecer en abstracto y con carácter general las penas correspondientes a las conductas tipificadas como delitos. Pues bien, la sentencia afirma categóricamente, en su fundamento jurídico tercero, que en principio el juicio sobre proporcionalidad de la pena, previsto por la ley con carácter general con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es competencia del legislador. A los tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Consecuentemente —y esto es lo importante— no cabe deducir, como pretendía el recurrente, del artículo 25.1 un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.

Este pronunciamiento del TC no cierra la puerta al planteamiento de la problemática de la proporcionalidad concreta, es decir, a la de la pena impuesta en relación con el concreto delito cometido, que, de acuerdo con lo que se extrae del texto de la sentencia sí que podría cuestionarse a través del recurso de amparo. Y en cuanto a la proporcionalidad abstracta propiamente dicha, tampoco cierra la puerta al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de los artículos 1º y 10 de la Constitución. Es decir, como señala JAÉN VALLEJO, «no se trata de que la Constitución no reconozca el principio de proporcionalidad de las penas en abstracto, sino que dicho principio no encuentra su reconocimiento entre los derechos que son susceptibles de amparo constitucional, por lo que su vulneración sólo encontrará su remedio por las vías del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, no utilizables por los particulares» (9).

La antes mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991 ha señalado al respecto lo siguiente: «El juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación

(8) JAÉN VALLEJO, MANUEL. «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», en *Revista General de Derecho*, diciembre de 1986, pág. 4927.

(9) JAÉN VALLEJO. *Op. cit.*, pág. 4932.

con los hechos punibles, como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador, en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (10)». Esta afirmación es de gran importancia, puesto que además de reconocer el principio de proporcionalidad, conecta el mismo con el de culpabilidad, el cual a su vez se relaciona, en la misma línea que en este trabajo se sostiene, con valores como la justicia, la dignidad de la persona humana y el Estado de Derecho. Nuevamente, pues, se refuerza la constitucionalización del principio de culpabilidad y las consecuencias que de él se predicán.

Por todo lo cual, y en conclusión, puede afirmarse que, tras la repetidamente mencionada sentencia de 4 de julio de 1991, hay que afirmar sin reparos la constitucionalización del principio de culpabilidad. Ciertamente, al no asumirse por la ley fundamental ninguno de los diferentes planteamientos teóricos que, de formas tan distintas, proponen los penalistas para dar contenido a dicho principio, parece que debe entenderse tal constitucionalización como una consagración de las consecuencias que generalmente se conectan al principio de culpabilidad, las cuales sin forzar las cosas pueden verse insertas a lo largo del articulado de nuestra Constitución.

(10) JAÉN VALLEJO. *Op. cit.*, pág. 4934.

### III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL

Las constantes reformas que desde 1978 han transformado nuestro Código penal, de una manera las más de las veces anárquica, asistemática y técnicamente deficiente, han incidido también sobre las materias relacionadas con el principio de culpabilidad. Existe una fecha que marca un «antes» y un «después» en este tema: la reforma de 25 de junio de 1983 mediante la Ley Orgánica 8/83. La exposición de motivos de dicha reforma dice que con ella se pretendía satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal asentado en el principio de culpabilidad, y consecuentemente con este propósito se dio una nueva redacción al artículo 1º, se reguló de modo distinto el caso fortuito, se derogaron los artículos 50 y 64, se introdujo la regulación del error, etc. ¿Puede decirse, visto esto, que en nuestro Código penal ha quedado sólidamente asentado el principio de culpabilidad y las consecuencias que de él se predicán?

La doctrina no está de acuerdo en este punto. RUIZ VADILLO, comentando la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, afirma que «la Constitución española y la propuesta de anteproyecto, como la reforma de 1983, van en la misma dirección. La Constitución, al incluir en su artículo 24.2 *in fine*, la presunción de inocencia, elevó el principio de culpabilidad a la categoría de constitucional, aunque tradicionalmente nos haya inspirado a todos en nuestro quehacer jurídico, y lo ha extendido a todos los ámbitos de nuestro Ordenamiento. Inocencia significa exención de toda culpa en un delito o, en general, en una mala acción, lo que conduce a contraponer este concepto al de culpabilidad, pues uno y otro son como el anverso y el reverso de una misma idea» (1). Pero este planteamiento debe matizarse. Así lo hace COBO DEL ROSAL, el cual comienza señalando que «expresamente el legislador español en la exposición de motivos manifiesta el propósito decidido de que el principio de culpabilidad quede bien asentado con la presente reforma...» (2), pero luego afirma, junto con VIVES ANTÓN que la nueva definición del delito del artículo 1º no puede estimarse como «una proclamación satisfactoria del principio de culpabilidad o como una consagración legal de sus exigencias. Culpabilidad es, ante todo, exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma. Según el entendimiento más común, la presencia o ausencia de dolo no nos dice nada todavía acerca de si la conducta es o no exigible. Y tampoco con-

(1) RUIZ VADILLO. *Op. cit.*, págs. 106-107.

(2) COBO DEL ROSAL. Introducción al tomo V, volumen 1º, de los *Comentarios a la legislación penal*. Ed. Revista de Derecho privado-Editoriales de Derecho reunidas, pág. 5.

tiene ninguna referencia a la imputabilidad. De modo que los requerimientos dimanantes del principio de culpabilidad vendrán a satisfacerse sólo de modo parcial e incompleto con la definición legal del delito y de la falta» (3). Parece cierto que, como dicen estos mismos autores, el legislador de 1983 pretendió «proclamar las exigencias del principio de culpabilidad, huyendo de la afirmación de este principio como tal, dada la discusión existente acerca de él en el seno de la doctrina española» (4). En el mismo sentido dice SUÁREZ MONTES que la reforma de 1983 «no ha hecho más que dar un primer paso, de emergencia, para evitar las violaciones más graves del principio, presumiblemente en la esperanza de que sería en el nuevo Código donde se abordaría a fondo esta cuestión» (5).

Esos pasos dados por el legislador de 1983 han configurado un marco de la culpabilidad que se obtiene, como dice SAINZ CANTERO, de los siguientes preceptos:

— El artículo 1º, que proclama el principio de responsabilidad subjetiva al exigir dolo o culpa para que una acción sea constitutiva de delito.

— El artículo 6º bis a), que contiene la regulación del error.

— El artículo 6º bis b), el cual da nueva regulación al caso fortuito.

— El artículo 8º, números 1, 2 y 3, que contemplan causas de inimputabilidad.

— El artículo 8º, números 7, 10 y 12, que recogen causas de inculpabilidad fundamentadas en el principio de no exigibilidad.

— El artículo 18, que prevé una exención de la pena fundamentada igualmente en el principio de no exigibilidad.

Sin embargo, el hecho de que el principio de culpabilidad no haya sido expresamente proclamado, como hacía el proyecto de 1980 en su artículo 3º, ha ocasionado graves problemas de interpretación, fundamentalmente por lo que respecta al párrafo segundo del artículo 1º, que dice: «no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por culpa». Dado que el artículo 1º del CP tras la reforma no hace referencia a la exigibilidad ni a la imputabilidad, hay que concluir que, como dice RODRÍGUEZ MOURULLO, no se ha consagrado el principio de culpabi-

(3) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. «Definición del delito y de la falta», en el tomo V, volumen 1º, de los *Comentarios a la legislación penal*, cit., pág. 28.

(4) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Definición del delito y de la falta*, cit., pág. 29.

(5) SUAREZ MONTES, RODRIGO FABIO. *Los delitos cualificados por el resultado en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal*, ponencia presentada a las V jornadas de profesores de Derecho penal (1984). Citado por SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 642.

lidad, sino el de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta, ya que, como dice el mismo autor, «exigir dolo y culpa para la imposición de la pena no es lo mismo que exigir culpabilidad, por la sencilla razón de que dolo y culpa —salvo en la doctrina psicológica, hoy abandonada— no se identifican con la culpabilidad...» (6).

Y partiendo de esta base, cabe sostener que en los supuestos de preterintencionalidad heterogénea pueda imponerse la misma pena cuando haya sido causado el ulterior resultado cualificante con dolo y cuando haya sido causado sólo con culpa. Y ello porque la expresión «al menos por culpa» puede interpretarse perfectamente en el sentido de que se excluya, sí, la causación de resultados fortuitos a efectos de responsabilidad, pero por contra obligue a admitir que «el resultado cualificante puede haber sido causado indistintamente con dolo o con culpa» (7). Esta interpretación es la que SUÁREZ MONTES entiende más correcta dada la redacción del precepto, aunque critique los resultados a que da lugar: «Resulta difícil eludir la consecuencia de que en los tipos de los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante puede haber sido causado indistintamente con dolo o con culpa. Si el resultado ha de haber sido causado «al menos» por culpa, será preciso entender que también podrá haber sido causado de otra forma, forma ésta que —puesto que, según el inciso antecedente del propio precepto, no hay pena sin dolo o culpa— no podrá ser otra que el dolo. Lo cierto es que la fórmula legal de nuestro Código, al igual que la del Código alemán (párrafo 18) en que se inspiró, admite de forma implícita que también se integra el delito cualificado, y se impondrá la pena en él prevista, cuando el resultado haya sido causado dolosamente» (8).

Esta interpretación, indudablemente posible tal y como el artículo está redactado, presenta graves inconvenientes, que han sido resaltados, entre otros, por OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, así como por SERRANO GÓMEZ. Los primeros ponen un ejemplo que demuestra los resultados absurdos a que este criterio interpretativo puede conducir: «De ser así, el párrafo último del artículo 411 CP podría aplicarse tanto al autor de un aborto doloso del que se haya derivado la imprudente causación de la muerte o de lesiones graves a la embarazada, cuanto a quien al practicar dolosamente un aborto haya estimado altamente probable la producción de uno de aquellos resultados efectivamente acaecidos (dolo eventual) y a quien haya

(6) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Op. cit.*, pág. 56.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Op. cit.*, pág. 61.

(8) SUÁREZ MONTES. «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1º, en *Comentarios a la legislación penal, cit.*, págs. 43-44.

realizado el aborto con ánimo de producir la muerte o las lesiones graves ocasionadas (dolo directo de primer grado) o con la certeza de que alguno de tales resultados constituye una consecuencia necesariamente unida a la práctica del aborto (dolo directo de segundo grado)» (9).

Las consecuencias a efectos de imposición de pena son evidentes: «Quedarían parificadas a efectos de pena las conductas de quien realiza dolosamente un aborto y, como consecuencia, causa imprudentemente uno de los resultados más graves cualificantes y de quien con idéntico comportamiento básico produce dolosamente el propio resultado cualificante. Por otra parte, se conminaría con igual pena (reclusión menor) la conducta de matar dolosamente a otro y la de hacerlo y además de provocar dolosamente un aborto, pena que, como queda dicho, coincidiría con la que amenaza la imprudente causación de la muerte a una mujer a consecuencia del aborto doloso que se ha provocado» (10).

Las consecuencias de este planteamiento son inadmisibles, ante todo porque, como reconoce SUÁREZ MONTES, de esta manera los tipos cualificados quedan, paradójicamente, convertidos en privilegiados (11). Por ello, como dice SERRANO GÓMEZ, «al llevarnos a consecuencias absurdas la interpretación literal considero que ha de rechazarse, reduciendo el ámbito del inciso final del párrafo segundo del artículo 1º a los supuestos en que el segundo resultado se cause culposamente, esto es, cuando el sujeto sea consciente o debiera haber sido consciente del peligro que comporta su acción en orden a que se produzca el segundo resultado» (12). La solución en los casos de hecho básico doloso y dolosa causación del resultado cualificante es la que propugnan OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO: «Puede aducirse que la combinación entre hecho básico doloso y dolosa causación del resultado cualificante no queda abarcada por las mencionadas estructuras complejas, y por tanto debe resolverse conforme a las reglas del concurso de delitos. La razón es elemental: una figura legal (la cualificación por el resultado) nacida para agravar ciertos supuestos sustrayéndolos del régimen normal del concurso de delitos, no puede servir, precisamente, para atenuar otros, todavía más graves, apartándolos de igual modo de las reglas concursales» (13).

(9) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 114.

(10) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, págs. 114-115.

(11) SUÁREZ MONTES. *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1º*, *cit.*, pág. 46.

(12) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español*, duodécima edición (1989), págs. 443-444.

(13) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 115.

Así pues, esta interpretación según la cual el párrafo segundo del artículo 1º, únicamente incluye las cualificaciones causadas culposamente, y no las dolosas, que se resolverán de acuerdo con la técnica del concurso, debe ser aceptada. No sólo porque lógica y político-criminalmente sea más aconsejable, sino también porque es mucho más adecuada para un Derecho penal de culpabilidad. En efecto, decir que se responderá por los resultados ulteriores más graves sólo cuando hayan sido causados al menos por culpa, puede entenderse, sin violentar el texto legal, en el sentido de que la expresión «al menos por culpa» no quiere incluir los resultados dolosos, sino señalar que por debajo de la culpa no hay responsabilidad penal, a diferencia de la legislación anterior a 1983, en la cual se respondía penalmente cuando en el curso de un actuar ilícito se causaban resultados penalmente relevantes aunque éstos fueran totalmente fortuitos. La reforma del 83 quiere acabar con estas manifestaciones del *versari*, y por ello dice que sólo se responderá por los resultados ulteriores cuando hubieran sido causados al menos por culpa, es decir, que si no hay dolo o culpa no hay responsabilidad penal, que se excluye la punición de los resultados fortuitamente causados, pero sin que ello equivalga a castigar igual las causaciones dolosas y las culposas.

Como decíamos, esta interpretación es mucho más acorde con el principio de culpabilidad, que entendemos, de acuerdo con lo antes señalado, tiene rango constitucional, por lo que debe buscarse la interpretación más acorde con el mismo, toda vez que los tribunales deben buscar siempre la interpretación de la norma que resulte más conforme con la Constitución.

Otro aspecto de la legislación penal que choca con el principio de culpabilidad es el relativo a la pervivencia de los delitos de sospecha, en que se establece una auténtica presunción de culpabilidad, trasladando al inculpado la carga de la prueba de su inocencia. La reforma del 83 dejó intactos muchos tipos penales que entraban en esta categoría, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las posteriores reformas del Código han hecho que la mayoría de ellos hayan desaparecido. El Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de junio de 1988 declaró inconstitucional el artículo 509 CP (tenencia de útiles para el robo) en la interpretación que exigía del que tuviera en su poder los instrumentos que en dicho artículo se detallaban, la prueba de no estar destinados a la comisión de un delito contra la propiedad. Señaló el Tribunal Constitucional que esa inversión de la carga de la prueba era contraria al artículo 24 CE, y que en lo sucesivo sería la parte acusadora la que tendría que probar que la tenencia obedecía a la finalidad de utilizar esos útiles para ejecutar el delito.

Respondiendo a la misma finalidad, la reciente reforma del Código penal

de 21 de junio de 1989 suprimió el «homicidio en riña tumultuaria» del artículo 408 CP. Resulta muy clarificadora en este punto la exposición de motivos de dicha reforma: «Por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el PRINCIPIO MISMO DE CULPABILIDAD se suprime el llamado homicidio en riña tumultuaria...». Estas palabras ponen de manifiesto que existe una cierta preocupación del legislador por adaptar progresivamente la legislación punitiva al principio que estudiamos. Si ya la LO 8/83 buscaba, según su exposición de motivos, «satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y por lo tanto asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad...», es significativo que en 1989 se siga buscando este mismo propósito. Resulta evidente, en consecuencia, que el principio de culpabilidad tiene cada vez una mayor presencia en nuestra legislación.

También la jurisprudencia del TS hace constantes alusiones a este principio y a las garantías que de él derivan. Ya lo hacía antes de la reforma, y ciertamente es excesivo afirmar que dicho principio era ajeno al ordenamiento penal hasta 1983. Tal afirmación, como ha dicho BENEYTEZ, «no hace justicia al constante esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina patria para interpretarlo y aplicarlo de acuerdo con las exigencias de la culpabilidad» (14). Pero también es cierto que en los últimos años los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema han sido mucho más numerosos. A título de ejemplo, cabe citar la sentencia de 26 de febrero de 1986, la cual afirma que se ha enseñoreado en nuestra legislación penal «de modo inequívoco el principio de culpabilidad como faro iluminador de cualquier enjuiciamiento penal, lo que supone aparte el abandono de cualquier manifestación del *versari in re illicita*, la acentuación de un régimen de garantías propio de un Estado de Derecho» (15).

Vista pues la vigencia del principio de culpabilidad en nuestro Código, hay que perfilar cómo juega el criterio básico sobre el que se asienta: la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, y correlativamente la ausencia de reproche por no exigibilidad de un comportamiento distinto. Esta

(14) BENEYTEZ MERINO, LUIS. «El principio de culpabilidad». *Boletín del Seminario del Derecho penal del CEU San Pablo*, número 3, 1984, pág. 12.

(15) Vid. el comentario al artículo 1º del Código Penal, por MANUEL JAÉN VALLEJO, y la jurisprudencia que en él se cita, en el *Código penal comentado*, coordinado por JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. Ed. Akal, págs. 7-10. Vid. también la jurisprudencia citada por CARLOS RODRÍGUEZ DE VESA y GERMÁN MARTÍNEZ AZNAR en *Ley de enjuiciamiento criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la fiscalía*. Ed. Aranzadi, 1990, págs. 339-340.

cuestión depende del carácter positivo o negativo que asignemos a la exigibilidad. Como dice MERCEDES GARCÍA ARÁN, «el reconocimiento del concepto de no exigibilidad supone una de estas dos opciones: la no exigibilidad es sólo el fundamento de determinadas eximentes, o bien, la exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, que debe comprobarse en todo caso y excluir la responsabilidad en caso de que falte» (16). Si entendemos que la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento constitutivo del juicio de culpabilidad junto a los restantes elementos (imputabilidad, dolo o culpa, conocimiento de la antijuridicidad según las modalidades de la concepción normativa), concluiremos que la exigibilidad de un comportamiento con arreglo a Derecho es un elemento positivo de dicho juicio, por lo que cualquier situación de inexigibilidad constituirá su negación y consiguientemente supondrá la absolución. La no exigibilidad de una conducta distinta se convierte de este modo en una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad. Si, por el contrario, caracterizamos la no exigibilidad únicamente como el fundamento de las situaciones de ausencia de culpabilidad que nuestro Código penal prevé, no podremos hablar de una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad.

En nuestro ordenamiento, según SAINZ CANTERO, que es quizá quien ha estudiado este problema con más detenimiento, la no exigibilidad constituye «un principio informador del ordenamiento, pero el efecto excusante de las situaciones de no exigibilidad debe estar reconocido expresamente en las descripciones legales. No puede hablarse, por ello, ante la ley penal española de la “no exigibilidad” como causa suprallegal de inculpabilidad» (17). Ahora bien, esta ausencia de exigibilidad constituye sin duda un criterio interpretativo, de tal manera que cabe sostener que una adecuada labor de interpretación puede permitir encajar dentro de las eximentes que constituyen causas de inculpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, la obediencia debida si la consideramos causa de exculpación, y la exención de pena en el caso de encubrimiento entre parientes) los supuestos que se den en la práctica. Sería ciertamente una interpretación extensiva o incluso una utilización de la analogía, pero en todo caso *in bonam partem*, solución ésta propugnada por autores como OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO.

Sólo queda ya por decir que en nuestro sistema penal no puede hablarse de un retribucionismo puro. Ante todo, porque al hablar nuestra Constitución

(16) GARCÍA ARÁN. *Op. cit.*, pág. 100.

(17) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 725.

de la reinserción y resocialización como fines que deben guiar la política criminal, se introduce un criterio de utilidad que viene a paliar las rigurosas consecuencias que derivarían de un planteamiento de pura justicia retributiva. Como dice CEREZO. «la pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe ser aplicada en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención general y la prevención especial. Si los fines preventivos no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el Tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio judicial reconocido por el Código) o dejar de aplicarla (condena condicional)» (18). De ahí que nuestro CP regula en los artículos 96 a 97 la remisión condicional de la pena, y establezca mecanismos de atenuación e incluso remisión de la pena en los artículos 57 bis a) y 57 bis b).

Por razones de sistemática y unidad de la exposición, estudiaremos en la siguiente parte de este trabajo la problemática que en relación con el principio de culpabilidad plantea la agravante de reincidencia, tanto en el Código penal (común) como en el militar.

(18) CEREZO MIR. *Op. cit.*, pág. 197.

#### IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL MILITAR

La doctrina científica, tan preocupada por analizar hasta los últimos aspectos todas las cuestiones referentes al principio de culpabilidad y su operatividad en el Código penal común, apenas se ha molestado en acercarse al estudio de la influencia de dicho principio en la legislación penal militar. Es sólo una muestra más de la inexplicable despreocupación, tradicional por desgracia, que en las cátedras se advierte hacia el ordenamiento punitivo castrense, por razones totalmente injustificadas, ya que si antes pudo sostenerse que el Derecho penal militar era el instrumento de un Estado antidemocrático y represivo, y sin entrar a analizar la justicia de esta afirmación, lo cierto es que en la actualidad la ley punitiva militar goza de las mismas garantías que la común, y se basa en el mismo fundamento legitimador, por lo que las reticencias referidas carecen de sentido. Como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «la ignorancia del Derecho penal militar (que comprende tanto el sustantivo como el adjetivo o procesal) es endémica en España, en el sentido del ignorieren alemán: no sólo no saber, sino no querer saber» (1).

La carencia de bibliografía hace difícil el análisis del principio de culpabilidad y su proyección sobre el Derecho penal militar. Algunos autores que han escrito sobre este tema se han limitado a repetir los mismos argumentos que emplearían para el Derecho penal común, sin advertir que en la esfera militar el principio de culpabilidad presenta particularidades importantes que tienen inmediatas consecuencias prácticas ni mucho menos desdeñables. A título de ejemplo, en la obra que ha tratado hasta el momento con mayor detenimiento el Código Penal Militar, los «Comentarios» al mismo coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, el estudio del artículo 2º, que es reproducción del párrafo segundo del artículo 1º del Código penal, es realizado por RODRÍGUEZ MOURULLO limitándose a aportar unas consideraciones genéricas sobre el texto de dicho artículo, y sin hacer referencias de ningún tipo a muchas especificidades de la esfera penal militar, tales como el juego del artículo 38 CPM, la individualización de la pena y los criterios para la misma del artículo 35, las relaciones entre culpabilidad y prevención, la aplicación de la eximente de miedo insuperable y la atenuante de embriaguez, la aplicación de la agravante de reincidencia, y otros muchos temas, respecto de los cuales existen matizaciones relevantes que hacer en el ámbito sancionador militar.

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. «Algunas consideraciones sobre el Código penal militar español de 1985». *Revista General de Derecho*, números 517-518, octubre-noviembre de 1987, pág. 5681.

El estudio del principio de culpabilidad ha correspondido de modo casi exclusivo, por lo que al ámbito que ahora analizamos corresponde, a los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, cuyas aportaciones más significativas son las que aquí van a seguirse. Hay que partir del ya derogado Código de Justicia Militar, que en su artículo 181 definía el delito militar de la siguiente manera: «Son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las Autoridades militares competentes.» La supresión de la «voluntariedad» en la definición, a diferencia de la regulación del Código penal, hizo que algún sector doctrinal entendiera que el delito militar estaba basado en la responsabilidad objetiva, o mejor, que para algunos delitos no se exigía culpabilidad. Así se decía respecto del artículo 296, el cual castigaba, para el caso de que habiéndose levantado la voz, estando la tropa reunida, en sentido subversivo, no se descubriera en el acto quién había dado dicha voz, castigaba, decíamos, a los seis individuos que los jefes allí presentes conceptuaran más próximos al sitio de donde las voces subversivas hubieran salido. QUEROL comentaba este precepto de manera ciertamente expresiva: «No hay que asustarse demasiado al confesar que se trata de un caso de responsabilidad sin culpa comprobada, de una condena por presunción. Ni es el único caso, ni podemos ignorar que la rápida ejemplaridad indispensable al Derecho penal militar, en determinadas circunstancias, impone medidas de política criminal utilitaria consagradas por precedentes históricos y múltiples concordancias en otras legislaciones extranjeras, de las que sería temerario prescindir» (2).

No todos los tratadistas mantenían, sin embargo, esta opinión, hoy evidentemente inaceptable. Así, JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ terminaba un completo estudio de la culpabilidad en el delito de sedición diciendo en relación con este artículo 296: «Quizá estamos en presencia de un lastre que hay que arrojar de nuestro ordenamiento penal, pues los Códigos sólo deben contener normas operantes y no residuos de un sentido arcaico de la pena, de espaldas a los postulados éticos que informan hoy la dogmática penal» (3). Y en fechas más cercanas afirmó MILLÁN GARRIDO que «superada la vieja tesis... según la cual la omisión del término voluntarias en el artículo 181 del CJM no revelaba sino la intrascendencia del factor subjetivo en el ámbito del derecho punitivo castrense, es hoy casi unánime la afirmación de que, en el terreno

(2) QUEROL Y DURÁN, FERNANDO. «Principios de Derecho militar español», tomo II, *Derecho penal militar*. Ed. Naval, pág. 390.

(3) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, FRANCISCO. «En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar», *Revista española de Derecho militar*, número 5, enero-junio 1958, pág. 99.

dogmático no existe diferencia esencial alguna entre el concepto legal de delito militar y la noción del delito en el Código penal», puesto que «el artículo 181 contiene una definición de delito puramente formal en la que no se prejuzga nada respecto a su contenido material. En cambio, del artículo 185, que entre las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal regula tanto las causas de inimputabilidad como el caso fortuito, se desprende, a contrario sensu, que la imputabilidad, lo mismo que el dolo o la culpa, han de concurrir para que pueda sancionarse cualquiera de las infracciones del Código de Justicia Militar» (4).

La Constitución de 1978 no podía dejar de proyectar su influencia sobre este sector del ordenamiento, y por eso en la reforma parcial del CJM de 1980 ya se eliminaron algunas de las más burdas manifestaciones de la responsabilidad objetiva. Culmina esta evolución con el actual Código Penal Militar, que hace referencia al principio de culpabilidad en su exposición de motivos, declara que no hay pena sin dolo o culpa en su artículo 2º y extiende a la legislación penal militar, en virtud del juego del artículo 5º, las garantías propias del Derecho penal común. Por eso afirma RODRÍGUEZ-VILLASANTE que «la culpabilidad es hoy, sin que quepan distinciones entre el Derecho militar y el común, el principio básico del Derecho penal elevado a rango constitucional en el artículo 24 de la norma fundamental» (5).

Entiende HIGUERA GUIMERA, siguiendo en este punto los planteamientos de RODRÍGUEZ MOURULLO, que «el Código Penal Militar no recoge de forma expresa el principio de culpabilidad, sino solamente el principio de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta. En el artículo 20 del Código Penal Militar, donde se define el concepto de delito militar, no se ha incorporado expresamente el concepto de culpabilidad. Tampoco el artículo 2º del mismo Código consagra tal principio sino, como he dicho, el principio de responsabilidad subjetiva» (6). Pero esta es una afirmación demasiado apresurada. Más bien al contrario, un análisis de la totalidad del Código Penal Militar, interpretado conforme a la Constitución e integrado con las normas del Código penal común que puedan ser de aplicación en virtud del artículo 5º, permite concluir que el principio de culpabilidad, hoy por hoy, está

(4) MILLÁN GARRIDO, ANTONIO. *El delito de desertión militar*. Bosch, casa editorial, pág. 117.

(5) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS. «El Código penal militar, *Revista General de Derecho*, número 499, abril de 1986, pág. 1290.

(6) HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE. *Curso de Derecho penal militar español*. Ed. Bosch, pág. 387.

más y mejor reflejado en el Código militar que en el común. Esta afirmación es la que vamos a desarrollar en las líneas que siguen.

Siguiendo la ordenación de las consecuencias del principio de culpabilidad que antes se realizó, podemos ver que todas ellas están recogidas —y algunas con mayor rigor que en el Código penal— en el Código Penal Militar:

Actualmente no existe ningún delito militar que configure responsabilidades «colectivas» o las responsabilidades por el hecho de otro. No existen ya castigos de tiempos pasados como los castigos «por sorteo» a que hace referencia JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ (7), o los castigos a grupos cuando se desconoce al autor del hecho punible, al estilo del artículo 296 CJM antes mencionado.

El Derecho penal militar es un Derecho penal de hecho, no de autor. Se responde por hechos punibles, no por modos de ser o tipos de personalidad. Las conductas que se puedan estimar opuestas al decoro, honor o dignidad militar, se castigan por los hechos a través de los cuales esas actitudes se exteriorizan, pero nunca como tales actitudes. Por ello, mientras no se cometa un hecho tipificado como delito o infracción disciplinaria, no se podrá castigar al militar aunque su manera de conducirse no se estime apropiada. Esto tiene una trascendental importancia en la consideración de la agravante de reincidencia, como luego se verá.

El principio de responsabilidad subjetiva, que excluye todas las manifestaciones de la responsabilidad objetiva, está expresamente previsto en el artículo 2º CPM. Algunos autores dicen que no tiene sentido este artículo 2º, toda vez que basta el artículo 7º CP y el 5º CPM para garantizar la vigencia de este principio en el ámbito militar; así, HIGUERA GUIMERA o RODRÍGUEZ DEVESA (8). Pero parece más bien que no está de más remarcar la plena vigencia del principio en este sector normativo, dadas las reticencias a su consideración que, como vimos, ha habido hasta épocas relativamente recientes. En todo caso, queda claro que no se responderá penalmente por hechos fortuitos.

Aquí hay que hacer una puntualización. Ya vimos antes que la dicción del párrafo segundo del artículo 1º CP permitía, en opinión de algún sector doctrinal, castigar con la misma pena hechos dolosos y culposos en los delitos cualificados por el resultado. Dejando aparte el hecho de que exista otra interpretación perfectamente posible que estimábamos más adecuada, hay que

(7) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ. *Op. cit.*, págs. 86-87.

(8) HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 386-388; RODRÍGUEZ DEVESA. *Algunas consideraciones... cit.*, pág. 5690.

señalar que el CPM ha dado una regla específica para algunos de estos delitos, que evita esas indeseadas consecuencias. Tal regla está contenida en el artículo 38 CPM, el cual dice que «cuando se causare muerte o lesiones graves de modo culposo, se impondrá la pena inferior en grado a la que corresponda de haberse ocasionado el resultado dolosamente». La redacción de este artículo y su ubicación sistemática son ciertamente confusas, y hay que decir, siguiendo a CALDERÓN SUSÍN, que dicho precepto puede ser «objeto de las más variadas interpretaciones» (9). En todo caso, parece claro que este artículo hace referencia a los supuestos de preterintencionalidad, y trata de extraer un denominador común de la amplia gama de artículos del CPM que están configurados como delitos cualificados por el resultado causado, sea el mismo de muerte o de lesiones graves: el 69, 85, 87, 91, 98, 99, 104, etc. En esos supuestos, y excluidas las causaciones fortuitas de resultados ulteriores más graves, el artículo 38 hace que, como dice CALDERÓN SUSÍN, «si el resultado de muerte o lesiones graves sólo cabe reprocharlo a título de imprudencia, la pena base será la prevista para la cualificación pero rebajándola en un grado conforme al artículo 40 CPM. Se engloba aquí lo que se denomina preterintencionalidad homogénea (misma línea de ataque e idéntico bien jurídico), como la heterogénea (en que el bien jurídico lesionado es distinto), incompatibilizando la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9º del Código penal» (10).

Esta solución no deja de plantear problemas y puede dar lugar a resultados no queridos por su aplicación a los casos concretos (11); y de *lege ferenda* es sin duda estimable la propuesta de CALDERÓN SUSÍN, cuando dice que es preferible que «se solucionen estos supuestos por la vía del concurso de delitos (pena por el ataque al bien jurídico militar más pena por las lesiones o el homicidio), con el sobreentendido de que para no dividir la continencia de la causa, la conexidad siempre implicaría la competencia de la jurisdicción militar» (12). Pero significa un esfuerzo por superar los planteamientos basados en el *versari*, desterrar la responsabilidad objetiva, y adecuar la legislación penal militar al principio de culpabilidad; y en ese sentido la inclusión del precepto merece elogios.

Se adivina también en la legislación penal militar una preocupación por adaptar la pena a las condiciones personales del culpable. En primer lugar, las con-

(9) CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO. «Aplicación de las penas (arts. 35 a 41), en los *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, pág. 550.

(10) CALDERÓN SUSÍN. *Op. cit.*, pág. 551.

(11) Vid. HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 391 y ss.

(12) CALDERÓN SUSÍN. *Op. cit.*, págs. 551-552.

diciones psíquicas del autor que determinan su calificación como imputable, inimputable o semiimputable, tienen una específica previsión en el Código penal común, artículo 8º, que es de aplicación íntegra al Código Penal Militar en virtud del artículo 5º CPM. Así pues, la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la minoría de edad y la alteración en la percepción, son circunstancias eximentes también en el orden penal militar. Se ha planteado el problema de si es o no aplicable la circunstancia atenuante de ser menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, del artículo 9º.3 CP en relación con el 65 del mismo Código, ya que el CPM carece de previsión legal al respecto. Pues bien, aquí entra de nuevo en aplicación el artículo 5º CPM, por lo que sin duda esta atenuante es igualmente de aplicación, y se impondrá una pena atenuada de acuerdo con el artículo 65 CP, como ya ha hecho la Sala Quinta del Tribunal Supremo (13).

Ahora bien, esta posibilidad no deja de presentar problemas. Como es bien sabido, el artículo 65 CP permite sustituir la pena impuesta por «internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable». Y esta regulación plantea numerosos interrogantes, principalmente qué pasa con el militar al que se aplica esa medida de internamiento por decidirlo así el Tribunal: ¿Sigue sometido a la disciplina militar, o deja de estar sujeto a las leyes penales y disciplinarias militares, pasando a estar sometido a la normativa por la que esos establecimientos se rijan? ¿Debe terminar de cumplir su compromiso con las FAS cuando termine su estancia en esos establecimientos, o se reintegra a la vida civil directamente? Estas cuestiones, que carecen de regulación expresa, deberían ser objeto de la atención del legislador.

Siguiendo con nuestro examen, hay que afirmar también que el error de prohibición es relevante en el Código Penal Militar, si bien, nuevamente, esta afirmación presenta asimismo problemas. El artículo 6º bis a) CP señala que en caso de error vencible, se acudirá al artículo 66, que es el que establece reglas para la determinación de la pena en los supuestos de eximentes incompletas, diciendo que se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley. Pero resulta que el CPM tiene una regla propia para las eximentes incompletas en el artículo 37, el cual dice que «en los casos en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código penal prevé al efecto».

(13) Vid. HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 401-402.

A simple vista se aprecia la diferencia entre uno y otro precepto. El artículo 66 impone una obligatoria reducción de la pena, aunque permitiendo al Tribunal que dicha reducción sea de uno o dos grados. En cambio, el artículo 37 CPM establece que el Tribunal «podrá» (es decir, que si no lo estima oportuno no tiene por qué hacerlo) imponer la pena inferior en un grado. Y aquí surge la duda: si entendemos que el CP al remitirse al artículo 66 considera el error vencible de prohibición como algo análogo a las eximentes incompletas, habrá que concluir que en el ámbito militar el artículo aplicable será el 37 CPM, ya que éste tiene una específica regulación que debe entenderse preferente a la del CP. Si por el contrario entendemos que el error de prohibición presenta una naturaleza y contenido distinto de las eximentes incompletas, y que la remisión al artículo 66 es únicamente remisión a una técnica de atenuación de la pena, y no a la problemática de las eximentes incompletas, es decir, que mediante dicha remisión no se hacen pronunciamientos de ningún tipo sobre una pretendida asimilación del error y las eximentes incompletas, y únicamente se asume un criterio de determinación de pena, si lo estimamos así, habrá que concluir que, careciendo de normativa específica sobre el error de prohibición el CPM, en tales casos se aplicará la reducción de pena prevista en el artículo 66 CP.

No es este un tema de fácil solución. HIGUERA GUIMERA entiende que el artículo aplicable es el 37 CPM, aunque ello implica, en su opinión, que exista «un tratamiento más riguroso y discriminatorio», que a su juicio no se justifica (14). Yo más bien creo lo contrario, puesto que entender que el artículo aplicable es el 37 implicaría un doble mecanismo de reenvío: El CPM se remitiría al CP mediante su artículo 5º, y el CP se remitiría a su vez al CPM, a su artículo 37. Lo complicado de este mecanismo aconseja simplificarlo mediante una remisión en bloque de la materia al CP, que permita mantener su consideración unitaria. Por otra parte, parece más correcto entender que cuando el artículo 6º bis a) CP se remite al artículo 66 del mismo Código, lo hace únicamente a efectos de fijar un marco normativo, que es, consiguientemente, el que los órganos jurisdiccionales militares deberán tomar en consideración.

De todos modos, aun en el caso de que los Tribunales entendieran aplicable el artículo 37, existen mecanismos en el Código Penal Militar que permiten adecuar la pena también en estos supuestos a la medida de la culpabilidad. Tengamos en cuenta que existe una atenuante de breve estancia en filas en el artículo 22, y que el artículo 35 dice que la condición de no profesional

(14) HIGUERA GUIMERA. *OP. cit.*, págs. 427-428.

del militar se tendrá en cuenta a efectos de atenuar la pena. Lo normal será que el que comete un delito militar en error vencible sobre la prohibición pueda beneficiarse de estos mecanismos de atenuación de la pena, permitiendo, como decíamos, una pena adecuada a su culpabilidad. En el caso de los profesionales es igualmente posible el error de prohibición, pero si tenemos en cuenta que el ordenamiento sancionador castrense es materia de obligado estudio en los centros docentes militares de formación, será difícil que los militares profesionales que provengan de dichos centros puedan alegar victoriosamente este error.

En cuanto a la consideración de las circunstancias personales en que se encontraba el sujeto activo del delito en el momento de la realización del hecho, y que influyen en la exigibilidad, éstas vienen reflejadas en el artículo 35 CPM, el cual viene a decir que para la individualización judicial deberá tenerse en cuenta «la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en su menor extensión». Este precepto difícilmente podrá ser aplicado en su plenitud, puesto que ello exigiría una preparación criminológica de la que los jueces carecen, así como una asistencia técnica de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, etc., asistencia de la que los Tribunales están privados. Pero si bien es cierto que en la práctica resulta imposible tener en cuenta en profundidad tales criterios, también es verdad que el precepto exige que la pena venga impuesta en consideración a las circunstancias personales del delincuente en el momento de su acción. Y esto es importante porque la legislación penal militar concede a los jueces un amplio arbitrio en la determinación de la pena, y dado que el artículo 35 termina diciendo que «la individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia», puede afirmarse que si la individualización judicial no ha tenido en cuenta las circunstancias personales, o la motivación es insuficiente o errónea, dando como resultado una pena inadecuada a la medida de la culpabilidad, podrá recurrirse contra la pena impuesta. De este modo, la reprochabilidad como concepto básico de la culpabilidad viene recogida en el CPM con mayor perfección jurídica que en el ordenamiento común, puesto que la ley penal militar exige con mayor rigor al juez la contemplación de la personalidad y móviles del sujeto activo del delito, y además la existencia del «amplio arbitrio» a que hacíamos referencia proporciona un mayor margen de apreciación.

En relación con este tema de la exigibilidad, hay que hacer una serie de consideraciones. En primer lugar, con respecto a las eximentes, la única pe-

cularidad del Ordenamiento militar es que el miedo insuperable difícilmente podrá admitirse cuando el sujeto activo del delito sea un militar, ya que la exigibilidad de afrontar el peligro es mucho mayor. Ello no implica que los militares queden siempre e incondicionalmente fuera del ámbito de aplicación de la eximente, sino que, normalmente, dado que el nivel de exigencia es más elevado, el militar tendrá que afrontar peligros que un no militar no tendría por qué encarar con arreglo a la ley, por lo que el militar no podrá tratar de disculpar su conducta acudiendo a esta eximente.

En cuanto a las atenuantes, dos consideraciones. La primera, que actualmente ha desaparecido la regla del antiguo CJM según la cual la embriaguez nunca podría ser atenuante para los delitos militares. Actualmente hay que acudir al Código penal común y a toda la abundante jurisprudencia que ha señalado los efectos de la embriaguez en cuanto a la posible exención o atenuación de la responsabilidad. Pero hay que tener en cuenta que la conducta consistente en embriagarse puede ser de por sí constitutiva de delito del artículo 148 CPM, o bien de falta disciplinaria de los artículos 9.7 ó 8.23 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario, y en estos casos es claro que la embriaguez es inherente al tipo, lo cual (salvo en los casos, muy raros en la práctica, de embriaguez plena y fortuita) no tendrá influencia sobre la responsabilidad criminal. Fuera de estos casos, no hay inconveniente para tomarla en consideración.

La segunda consideración es que, en los delitos militares, además de las atenuantes del Código penal, existen otras dos que recoge el artículo 22 CPM: la ya referida de breve estancia en filas (no haber transcurrido treinta días desde la incorporación), y la de «haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquier otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso».

En cierto sentido, esta atenuante de breve estancia en filas ha sustituido a la que existía en el CJM, consistente en «no haberse leído las leyes penales». Ahora bien, sólo en cierto sentido, puesto que en su redacción actual, la atenuación de la pena tiene un fundamento distinto al que aquella circunstancia del CJM tenía. La falta de lectura de las leyes penales implicaban una cierta presunción de desconocimiento de la existencia o alcance de la norma, por lo que el fundamento de aquella atenuante estaba en la ignorancia de la ley, de modo similar al error de prohibición. En cambio, la actual atenuante de breve estancia en filas depende de un dato plenamente objetivo: no haber transcurrido treinta días desde la incorporación, y la ley no exige ningún requisito consistente en desconocer la normativa militar como consecuencia de ese breve tiempo de permanencia en la milicia. Dicho sea de otro modo, la redacción

de la atenuante implica que se aplicará a todo aquel que se encuentre dentro de ese período de tiempo, conozca las normas militares sancionadoras o no. De esta manera, el fundamento de la atenuante ya no radica en el desconocimiento de la norma, sino en la constatación de que el cambio de la vida civil a la militar, con su organización fuertemente jerarquizada y disciplinada, no es fácil ni instantáneo, sino que requiere un plazo de adaptación, por lo que en los primeros días se entiende que no se puede exigir al soldado el perfecto cumplimiento de la ley, o mejor, que el nivel de exigibilidad es menor.

En cuanto a la otra circunstancia atenuante del artículo 22, ésta exige la concurrencia de cuatro requisitos:

— Relación jerárquica entre el superior que actúa injustamente y el inferior que sufre esa actuación.

— Una provocación o actuación injusta, de manera que no podrá alegarse la atenuante cuando la actuación del superior haya sido conforme a Derecho.

— Que esa actuación «naturalmente» haya producido una alteración emocional. El adverbio «naturalmente» parece que debe interpretarse en el sentido de que a una persona de constitución psíquica normal le habría producido esa alteración emocional. Habrá que operar pues con criterios generalizadores, en referencia a lo que la jurisprudencia ha llamado reiteradamente «hombre medio».

— Que el estado pasional o emocional sea intenso, es decir, de considerable magnitud. No bastando para integrar la atenuante las meras molestias, reticencias o enfados.

En fin, como última consideración en relación con el tema de la exigibilidad, hay que analizar si son o no de recibo las alegaciones reiteradamente aducidas ante los Tribunales penales militares, en las causas relacionadas con el artículo 127 CPM: la negativa expresa, y sin causa legal, para cumplir el servicio militar, es decir, lo que los medios de comunicación conocen con la desafortunada denominación de «insumisión». Quienes son juzgados por estos delitos alegan con frecuencia que, siendo la norma que obliga a cumplir el servicio militar obligatorio una norma injusta y contraria al sentimiento social (que entienden opuesto al «militarismo» que implica un servicio militar de reclutamiento obligatorio), quienes en conciencia, y desde planteamientos «pacifistas», se oponen a la existencia de dicho modelo de ejército, están legitimados para desobedecer dicha norma. Y ello por dos razones: por ser una norma ilegítima, ya que la sociedad la rechaza, y porque la conciencia debe prevalecer sobre las normas injustas.

El problema está estrechamente relacionado con el tema que se analiza en este estudio. No es en realidad un problema nuevo, se ha planteado des-

de antiguo en distintas ocasiones. En fechas relativamente recientes, MUÑOZ CONDE se manifestó en ese sentido. Recordando cosas a las que ya hemos hecho referencia, podemos ver que dicho autor parte de la base de que «la declaración de culpabilidad depende... de que se haya establecido una relación previa entre la norma penal y el individuo en virtud de la cual el mandato establecido por la norma penal se eleva al seno de la conciencia del individuo y constituye el motivo determinante de su conducta». Sentado esto, dice MUÑOZ CONDE que «mal se puede reprochar... a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales». Y concluye afirmando que «hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forma el, por así decirlo, patrimonio existencial de los individuos. Pero otras veces la motivación general y la individual no coinciden en absoluto. Ocurre esto, sobre todo, cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que se protegen con la norma penal son los intereses minoritarios de un grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad». El divorcio entre ley penal y realidad social que se produce en estos casos, según MUÑOZ CONDE, le hace decir que «la falta de una eficacia racional motivadora de la norma penal al juicio de culpabilidad de toda base y fundamento» (15). Llevando este tipo de razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se dice que quienes se niegan a cumplir el servicio militar en los términos del artículo 127 no son culpables, porque no se puede exigir la observancia de una norma contraria al sentir social. ¿Es jurídicamente válido este razonamiento?

Evidentemente no. Más aún, en nuestro ordenamiento jurídico es un argumento técnicamente impresentable. La culpabilidad jurídico penal no tiene nada que ver con la existencia o no de un sentimiento de culpabilidad en el autor, porque la culpabilidad jurídica no es una culpabilidad moral. Un autor nada sospechoso de sostener planteamientos «antidemocráticos», MIR PUIG, dice: «La culpabilidad jurídico-penal no es, pues, un sentimiento ético ni psicológico, no es culpabilidad de conciencia. Si no es suficiente una culpabilidad moral sin culpabilidad jurídica, sí es bastante la culpabilidad jurídi-

(15) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, págs. 229, 231, 232 y 233.

ca aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral» (16). En la misma línea, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON afirman: «Es un sistema democrático, el individuo participa en el proceso de elaboración de las normas. Pero, inevitablemente, ha de obedecer los mandatos de la legislación, adoptada por la mayoría, aun cuando sean contrarios a su particular modo de sentir. La infracción del deber jurídico dimanante de dichos mandatos puede ser moralmente irreprochable, e incluso valiosa; sin embargo, es suficiente para afirmar la culpabilidad jurídica. Mantener lo contrario supondría una lamentable confusión entre Derecho penal y moral, con todos los peligros que ello comporta» (17).

El artículo 127 del Código penal militar forma parte de una ley orgánica, la L.O. 13/85, de 9 de diciembre, que ha sido aprobada, con las garantías que recoge el artículo 81 de la Constitución, por las Cortes Generales, que «representan al pueblo español» (art. 66 CE), en el cual «reside la soberanía nacional» (art. 1 CE). Cualquier tipo de planteamiento en virtud del cual la infracción de normas legales cuyas valoraciones no se comparten es inculpable, tal vez (es discutible) pudiera tener sentido en un tégimendictatorial y antidemocrático, pero desde el momento que el CPM se enmarca en el contexto del Estadosocial y democrático de Derecho, y es aprobado legítimamente, con arreglo a la Constitución, tales planteamientos carecer de razón de ser.

Para terminar con el análisis del principio de culpabilidad en el Código penal militar, hay que hacer referencia a la última de las consecuencias que extraíamos antes de dicho principio: el llamado principio de proporcionalidad, que a su vez se subdividía en una serie de principios: adecuación al fin, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

Inmediatamente surge el problema de que el CPM mantiene la pena de muerte en un significativo número de delitos. Y podría cuestionarse la adecuación al principio de proporcionalidad de dicha pena, si se admite que ningún delito, por grave que sea, justifica imponer como pena la muerte de su responsable. Aunque este es un tema de enorme complejidad, parece que el problema debe solucionarse, como dice RODRIGUEZ DEVESA, «partiendo de las circunstancias normales o excepcionales por las que atraviesa el Estado» (18). En circunstancias normales, la doctrina prácticamente unánime es partidaria de la abolición de esta pena. No así, sin embargo, en las circunstancias de grave anormalidad, situaciones estas para las que valen las pa-

(16) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 577.

(17) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON. *Derecho penal, parte general, cit.*, pág. 397.

(18) RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ. *Derecho penal español*. 12.<sup>a</sup> edición, pág. 898.

labras de RODRIGUEZ DEVESA: «Cuando el Estado queda desorganizado prevalece frente a todo argumento la vieja farmacopea. Reaparece entonces la pena de muerte como un tanto empírico de restablecer la normalidad. La sensibilidad de grandes masas de población en tales circunstancias extremas se endurece. La esperanza de grandes cambios hace perder todo género de eficacia a las restantes penas. La pena de muerte se ofrece entonces como remedio heroico a las graves enfermedades del cuerpo social» (19). Siguiendo este razonamiento, la Constitución, en su artículo 15 dice que «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra». La redacción de este artículo, como dice RODRIGUEZ MOURULLO, se justifica porque «la subsistencia excepcional de la pena de muerte para tiempos de guerra se inserta en esa cruenta ruptura del Derecho que la propia guerra significa» (20).

Siendo ésta una cuestión en la que se entremezclan planteamientos jurídicos, políticos, filosóficos y religiosos, es imposible despacharla en unas líneas. Aquí sólo cabe decir que la pena de muerte únicamente puede entenderse proporcionada al delito cometido cuando se trate de hechos de extraordinaria gravedad cometidos en situaciones de extraordinaria anomalía. Por eso dice el artículo 25 CPM que «la pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o existe ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera». No deja de ser una garantía —una importante garantía— el hecho de que la pena de muerte nunca sea pena única, por lo que el Tribunal siempre podrá imponer otra pena en vez de la de muerte. Los artículos del CPM que castigan hechos típicos con la pena de muerte, están contruidos en todos los casos de esta manera: definida la conducta típica, se castiga ésta con una pena, privativa de libertad, y se termina con el inciso «pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra», lo cual implica que siempre se podrá optar por no imponerla.

Fuera de estos casos, evidentemente excepcionales, hay que ver como se ajusta la ley penal militar al principio de proporcionalidad. Pues bien, comenzando por la primera de sus manifestaciones, la adecuación de la pena al logro del fin que con ella se pretende, existe una peculiaridad del Derecho penal militar en este punto que influye poderosamente en la legislación posi-

(19) RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ. *Derecho penal español*. 12.<sup>a</sup> edición, pág. 900.

(20) RODRIGUEZ MOURULLO. «Derecho a la vida y a la integridad personal», tomo I («Derecho penal y Constitución») de los *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, pág. 91.

va, ya que, como dice CALDERON SUSIN, «desde siempre ha sido una de las claves del Derecho punitivo castrense: la idea de la prevención general como esencial inspiración de sus normas» (21).

No hay que esforzarse mucho en demostrar la necesidad del mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, porque es algo que a todas luces resulta evidente. De ahí el énfasis que a la prevención general se asigna en el sistema punitivo militar, ya que hay una imperiosa necesidad de reforzar el respeto al ordenamiento jurídico, frenando los impulsos delictivos y reafirmando la vigencia de la norma, lo cual lleva consigo, como consecuencia, que la prevención general, aun coexistiendo con la especial, prevalezca sobre ésta. De ahí se deriva la previsión de la pena de muerte, la imposición de penas privativas de libertad hasta para los ilícitos penales de menor gravedad, la no aplicación de la remisión condicional de la pena a los militares (art. 44 CPM), la menor relevancia (por comparación con la legislación penal común) que se da a atenuantes y eximentes incompletas (arts. 36 y 37 CPM), etc. De todos modos, nunca hay que dejar de tener presente que la ejemplaridad nunca puede prevalecer sobre la medida de la culpabilidad. La culpabilidad como límite de la pena opera también en el Derecho penal militar, y la necesidad de «dar ejemplo» en ningún caso puede justificar la imposición de penas desproporcionadas. Es dentro del marco de la culpabilidad donde jueva la ejemplaridad. Lo que ocurre es que si en el ámbito del Derecho penal común se puede considerar que la imposición de la pena es en ocasiones innecesaria, no cabe duda de que la necesidad de reafirmar la vigencia de las normas y mantener la disciplina es mucho mayor en la vida castrense.

Con este razonamiento queda claro que el Derecho penal militar presenta peculiaridades debido a su misma razón de ser: la salvaguardia de la disciplina y el buen orden en el seno de las FAS, que, si no la única, sí es la principal causa de la existencia de este sector del ordenamiento punitivo.

También se manifiesta el principio de proporcionalidad en el carácter subsidiario de la ley penal, que excluye su aplicación cuando el orden jurídico puede ser restablecido por medios menos gravosos. Pues bien, este carácter subsidiario se manifiesta constantemente por la relación entre derecho penal militar y derecho disciplinario militar. Los delitos militares en numerosos casos se distinguen de los ilícitos disciplinarios por su mayor gravedad cuantitativa (basta ver el art. 9 de la ley disciplinaria para comprobarlo), por lo que el hecho que revista escasa consideración puede ser castigado mediante el Derecho disciplinario, de modo más rápido y consiguientemente ejemplar, sin los

(21) CALDERON SUSIN. *Op. cit.*, pág. 520.

problemas que tanto para los ejércitos como para los mismos inculpados conlleva la iniciación de causas penales, que deben quedar únicamente para los hechos de trascendencia considerable. Por ello puede afirmarse que el principio de mínima intervención de la ley penal se halla presente, y de modo relevante, en el ordenamiento sancionador castrense.

Finalmente, por lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, ésta se encuentra amparada en el ya analizado artículo 35 CPM, que exige al juzgador tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes a la realización del hecho punible, y permite recurrir contra la individualización judicial incorrectamente realizada.

Hay una cuestión estrechamente relacionada con el tema de la proporcionalidad de las sanciones, y con el principio mismo de la culpabilidad, que por su complejidad merece un tratamiento más detallado: la relativa a la agravante de reincidencia. Recogida en el artículo 10.15 CP y en el 22 CPM, es esta agravante discutida por muchos autores que han llegado a considerarla inconstitucional. Por ello, en los diferentes proyectos del Código penal común que han surgido a lo largo de los últimos años, la misma desaparecía del elenco de circunstancias agravantes del texto legal. Sin embargo, el CPM la recogió, apartándose de la línea que parecía asumirse en el nuevo Código penal. Esta diferenciación fue explicada por CALDERON SUSIN de la siguiente manera: «Cabe deducir que el legislador ha plasmado tal regla relativa a la reincidencia como cautelar salvaguardia, a resultas de la posible erradicación del Código penal de esta circunstancia agravante. La exposición de motivos del proyecto, que no el preámbulo de la ley, avalaría esta explicación» (22). Esta exposición de motivos a que alude CALDERON SUSIN decía: «En cuanto a las agravantes, se consigna expresamente la de reincidencia, que aparece como irrenunciable en la esfera militar, cualesquiera que sean las razones de política criminal —inaplicable en ella— que puedan aconsejar su desaparición con el citado carácter agravatorio.»

Efectivamente, la reincidencia ha sido en los últimos años criticado por muy variados motivos, y como antes se dijo, ha llegado a ser calificada de inconstitucional. ZUGALDIA ha resumido todas las razones que se han aportado para sostener dicha inconstitucionalidad, de las cuales a nosotros nos interesan ahora las siguientes:

— Desde la óptica de la culpabilidad por el hecho, y contrariamente a lo que se piensa, la reincidencia no implica una mayor energía criminal, sino de-

(22) CALDERON SUSIN. «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes (arts. 21 y 22)», en los *Comentarios del Código penal militar cit.*, pág. 442.

ficiencias de personalidad y educación, o debilitamiento de voluntas. «lo que puede y debe valorarse evidentemente como una menor culpabilidad totalmente incompatible con una mayor punición del autor al volver a delinquir (falta de la adecuada proporcionalidad entre la gravedad de la culpabilidad del autor y la gravedad de la pena)» (23).

— «El Derecho penal de culpabilidad por el hecho se desvirtuaría y degeneraría en un derecho penal de culpabilidad por la conducción de la vida (radicalmente enfrentado al principio constitucional de legalidad penal consagrado en los arts. 25, párrafo primero, y 9, párrafo tercero CE), en el que, lejos de castigarse una conducta externa, se sancionaría (por circunstancias no relacionadas con la comisión de delito) una personalidad o forma de ser, concretamente la de «ser» reincidente: la posible perversidad (como rasgo del carácter) que puede concurrir en un reincidente no puede, pues, ser objeto de pena (24).»

En el fondo de estos planteamientos puede observarse que la crítica a la agravante de reincidencia va dirigida, más que a la existencia de la misma, a su aplicación automática, incondicionada y apriorística. El mismo ZUGALDIA reconoce que «cabe ver en el hecho del reincidente, en ciertos casos, una carga adicional de desprecio y rebeldía frente al ordenamiento jurídico, cuyos valores aquel tuvo ocasión de apreciar no sólo en la formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, en carne propia y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción» (25). Por ello, no cabe dudar que la agravante puede responder, en ciertas ocasiones, a una mayor culpabilidad del sujeto activo del delito.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha sentado precisamente estos criterios, en una sentencia ejemplar a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, la de 6 de abril de 1990 (ponente: Don Enrique Bacigalupo Zapater). Planteada la posible inconstitucionalidad de la agravante que analizamos, la sentencia toma como punto de partida el siguiente razonamiento: «La inconstitucionalidad de un precepto del Código penal sólo se debe decretar si la norma cuestionada no admite una interpretación conforme a la Constitución.» Después de señalar que la Constitución española «impone un Derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente co-

(23) ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL. «Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia», en *Poder judicial, segunda época*, número 13, marzo 1989, pág. 86.

(24) ZUGALDIA ESPINAR. *Op. cit.*, pág. 87.

(25) ZUGALDIA ESPINAR. *Op. cit.*, pág. 87.

metido», entiende la Sala que «la agravante de reincidencia puede ser aplicada sin vulnerar el principio de la culpabilidad por el hecho, y por lo tanto, de acuerdo con la Constitución», si bien «ello importa, sin embargo, una reconsideración del funcionamiento de la agravante para ajustarla a los límites que impone dicho principio». Así pues, y nos situamos en el punto central de la argumentación de esta sentencia «cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conductas desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad». La conclusión de la sentencia, como resultado de todo lo anteriormente dicho, es muy clara: «No corresponde considerar inconstitucional la agravante de reincidencia mientras con ella no se fundamente la aplicación de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho». Dicho en pocas palabras, sí a la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, no a la constitucionalidad de su aplicación automática.

Sin embargo, no ha sido este el punto de vista del propio Tribunal Constitucional, en su ya mencionada sentencia de 4 de julio de 1991. Planteada una cuestión de inconstitucionalidad por entender que la agravante que analizamos es contraria a lo dispuesto en los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 15, 24.1 y 2 y 25.1 de la Ley fundamental, el Tribunal ha rechazado todos los argumentos del recurrente, y consiguientemente ha declarado la perfecta adecuación de la reincidencia a la Constitución. En síntesis, la sentencia dice lo siguiente:

— «No existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.» Partiendo de esta base, el Tribunal señala que afirmar que el fundamento de la reincidencia lo basa el legislador en la mayor culpabilidad, supone optar por una relación de fundamentación en detrimento de otras igualmente defendibles, por lo cual si se dice que la reincidencia supone una presunción arbitraria iuris et de iure de mayor culpabilidad, se está partiendo de una concepción dogmática que la ley no recoge. Es decir, cuando se afirma la inconstitucionalidad de la reincidencia sobre la base de que supone unapresunción de culpabilidad, ello presupone la afirmación de que la reincidencia se basa en la mayor culpabilidad, lo cual carece de fundamento legal.

— Partiendo de esta base, hay que desechar la argumentación de que la reincidencia suponga una presunción «iuris et de iure» de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia. No sólo por lo antes dicho, sino también

porque, como decía el Fiscal en sus alegaciones, «todo este planteamiento nos llevaría a la consideración de cuestionar la constitucionalidad de gran parte del ordenamiento penal, a la eliminación del Código de todos los delitos de peligro abstracto, a la práctica de una prueba diabólica ante los Tribunales sobre la continuación o no de la tendencia criminal, y a la revisión del sistema de la rehabilitación que se produce por el mero transcurso del tiempo».

Tras esta sentencia, no hay por qué cuestionarse la adecuación a la Constitución de la agravante de reincidencia en el ámbito militar, más aún desde el momento que, dejando aparte las dudas que antes existían sobre la conveniencia o no de su supresión, la justificación de su persistencia en el ordenamiento castrense aparece claramente asentada en la finalidad de prevención general que ilumina todo este sector del ordenamiento penal.

Para terminar este capítulo, sólo queda precisar que cuando a pesar de todas las precauciones del legislador, la pena que haya de imponerse resulte superior a la culpabilidad del reo por un defecto de técnica legislativa (vgr. porque en el marco abstracto de la ley resulte castigada la causación culposa de un hecho con una pena superior a la de la causación dolosa de ese mismo hecho), el artículo 41 CPM proporciona una salida, al decir que el Tribunal «acudirá» al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto cuando «de la rigurosa aplicación de la ley» resultare una pena «notablemente excesiva», atendida «la culpabilidad del reo». Este artículo configura no tanto una facultad cuanto un deber del Tribunal sentenciador, deber congruente con la protección constitucional del principio que estudiamos, que constituye una última vía de defensa del mismo.

## V. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

El examen de la existencia y alcance del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho disciplinario militar exige como presupuesto una afirmación: que los principios penales configurados como garantía del individuo frente al *ius puniendi* del Estado sean extensibles al ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración. Es esta una cuestión que ha sido objeto de importantes polémicas en la doctrina, si bien actualmente puede decirse que existe una opinión mayoritaria que, efectivamente, propugna la extensión de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. Pero para analizar esta cuestión debidamente es necesario distinguir entre las dos grandes clases de sanciones administrativas: las de protección del orden general, y las de autoprotección.

Las sanciones administrativas de autoprotección son aquellas mediante las cuales, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «la Administración tutela su organización y orden internos, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos», mientras que las sanciones administrativas de protección del orden general son aquellas por las cuales «se tutela el orden general, en un amplio sentido el orden público» (1). Los autores referidos engloban dentro del concepto de las sanciones administrativas de autoprotección diversas clases de sanciones: las disciplinarias, las de policía demanial, las rescisorias de actos administrativos favorables, y las tributarias. Como sanciones de protección del orden general pueden citarse las de orden público, las urbanísticas, las de espectáculos, etc. Esta división entre uno y otro tipo de sanciones es muy importante porque tanto un sector de la doctrina como alguna jurisprudencia ha marcado diferencias entre ambas por lo que respecta al tema que nos ocupa: la extensión a estas sanciones de los principios del orden penal. Por eso, procederemos a su examen por separado, si bien con unas consideraciones previas aplicables a toda la actividad sancionadora de la Administración.

Ante todo, cabe señalar que, como dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia 77/83, de 3 de octubre, «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la Administración...». En efecto, como ha señalado BLANCA LOZANO, en el nuevo orden institucional instaurado por la Re-

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo (II)*. Ed. Cívitas, 1982, pág. 148.

volución francesa y caracterizado por una rígida división de poderes, tuvo lugar un amplio proceso de «jurisdiccionalización» de la represión, «que supuso el traslado de los ilícitos administrativos a la competencia del juez penal» (2). Así, en Italia desde 1865 se atribuyó a la jurisdicción ordinaria el castigo de todas las contravenciones en las cuales pudiera estar interesada la Administración, conservando la Administración tan sólo potestades sancionadoras en dos ámbitos: el tributario y el disciplinario. Del mismo modo, en Alemania, desde 1871, se produjo un fenómeno de jurisdiccionalización, y lo mismo ocurrió en Francia, donde quedó limitado el poder sancionador administrativo a la potestad disciplinaria (3). Fueron muy pocos los países que, como Austria y Suiza, mantuvieron la potestad sancionatoria de la Administración, pero en todos los casos se podía formular una afirmación de fondo: «Las sanciones encomendadas a la Administración revestían un papel bastante modesto» (4).

Este estado de cosas cambió radicalmente a partir de la I Guerra Mundial, con el fenómeno de la transformación del «Estado liberal» en «Estado social» y el constante aumento del intervencionismo estatal, que implicó una entrada de la Administración en numerosos ámbitos antes dejados exclusivamente en manos de los particulares. Este desbordamiento de los campos de actuación administrativa produjo la necesidad de promulgar leyes que establecieran sanciones para las conductas contrarias a los intereses sociales que la actividad administrativa pretendía satisfacer, y, dado el monopolio de la ley penal, ello llevó consigo una evidente hipertrofia del Derecho penal, «con las consecuencias negativas de un debilitamiento de la prevención general por el excesivo uso de la sanción penal y de una sobrecarga de trabajo del aparato judicial que, saturado de procesos penales, muchos de ellos de escasa relevancia social, se encuentra incapacitado para perseguir con eficiencia y rapidez los delitos más graves» (5). Por ello se ha planteado en los países de nuestro entorno la necesidad de una «despenalización» de las conductas delictivas de menor relevancia social, atribuyéndose a la Administración la persecución y castigo de los llamados «ilícitos-bagatela». Y, a la inversa, se ha producido, en sentido contrario, un proceso de «repenalización» de ciertas infracciones, como las infracciones en materia tributaria o de medio ambiente, respecto de las cuales, «se ha incrementado la conciencia social de la necesidad de su represión» (6).

(2) LOZANO. BLANCA. «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: Despenalización y garantía». *Revista de Administración pública (RAP)*, número 121, enero-abril de 1990, pág. 394.

(3) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, págs. 394-395.

(4) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, pág. 397.

(5) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, págs. 398-399.

Se ha buscado una mayor racionalización del sistema sancionador, configurando una potestad sancionatoria administrativa caracterizada por ser complementaria de la penal, mediante la represión de los ilícitos de inferior relevancia social, si bien la preocupación por salvaguardar el equilibrio entre la eficacia del sistema y la protección de los derechos y garantías individuales, ha hecho que se reconozcan en todos los ordenamientos «una serie de principios generales rectores del Derecho sancionador administrativo que se configuran prevalentemente siguiendo el modelo penal» (7).

Es de notar que, incluso en los momentos en que más se restringió la potestad administrativa sancionatoria, siempre hubo un ámbito en el que esta potestad se mantuvo indiscutida, el ámbito del derecho disciplinario, en el marco de las relaciones de supremacía-sujeción por las que se rigen los funcionarios, usuarios de servicios públicos, contratistas, concesionarios, etc. Por eso se ha dicho que, a diferencia del poder disciplinario, que «habita una zona pacífica en relación con el Derecho penal», «el tema realmente polémico es el relativo a la potestad gubernativa o correctiva de la Administración, cuyos presupuestos, función y finalidad son de difícil diferenciación de los correspondientes a los órganos jurisdiccionales penales» (8). Por esta razón, y como ya anticipamos en líneas anteriores, vamos a analizar ambos tipos de sanciones por separado.

Comenzando pues por las llamadas «sanciones administrativas de protección del orden general», hay que decir, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, que «la distinción entre esta potestad sancionatoria y la punitiva penal, actuable por los Tribunales represivos, es prácticamente imposible en un plano general y de principio» (9). Penalistas y administrativistas coinciden en este punto. Así, entre los penalistas, afirma CEREZO que «hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo» (10). En el mismo sentido, dice BAJO FERNÁNDEZ que «se rechaza hoy mayoritariamente la posibilidad de hallar un criterio sustancial de distinción entre ilícito penal y administrativo y entre sanción penal y administrativa» (11).

(6) LOZANO, BLANCA. *Op. cit.*, pág. 400.

(7) LOZANO, BLANCA. *Op. cit.*, pag. 414.

(8) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho penal económico (aplicado a la actividad empresarial)*. Ed. Cívitas, pág. 87.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 152.

(10) CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho penal (parte general)*. Ed. Tecnos, 3ª edición, 1985, pág. 47.

(11) BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 92.

Los intentos doctrinales tendentes a establecer criterios de diferenciación «cualitativos» entre el Derecho penal y el administrativo sancionador han fracasado. Tales criterios han surgido siempre en torno a la idea de que las sanciones administrativas castigan hechos ético-social o culturalmente indiferentes, es decir, que carecen de relevancia social. Pero esta argumentación es falsa. Como ha señalado acertadamente CEREZO, «desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo» (12). Por eso hay que decir, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, que «no es posible de *lege data* ni de *lege ferenda* encontrar un criterio suficientemente seguro para decir *ex ante*, con precisión lógica inexorable, qué conductas deben permanecer en el Derecho penal y cuáles deben ser sancionadas exclusivamente con sanciones de tipo administrativo» (13). En el mismo sentido, afirma CEREZO que «entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, únicamente cabe establecer diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador» (14).

La consecuencia lógica que se desprende de la imposibilidad de distinguir apriorísticamente los ilícitos penales y los administrativos es la necesidad de extender los principios y garantías del Derecho penal al terreno de la actividad sancionatoria administrativa. Y no es esta una conclusión meramente doctrinal, sino que ha sido ya recogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una famosa sentencia, la del «caso Ozturk» (15). La cuestión de fondo que se planteaba era la aplicabilidad, a la actividad administrativa de imposición de sanciones, de las garantías que rodean a la imposición de sanciones penales. Y el TEDH señaló que las sanciones administrativas en las que concurren estos requisitos: que la regla infringida se dirija a toda la colectividad, y que la sanción asociada a esa transgresión tenga un doble carácter: punitivo y preventivo, dichas sanciones administrativas constituyen «materia penal», y por tanto los principios penales deben informar la actividad sancionatoria de la Administración, cuando se trate de sanciones en las que concurren dichos requisitos.

(12) CEREZO MIR. *Curso...*, *cit.*, pág. 45.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho penal español*, octava edición, pág. 32.

(14) CEREZO MIR. *Curso...*, *cit.*, pág. 50.

(15) Vid. el comentario a dicha sentencia, y en general la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos en materia de sanciones disciplinarias en el artículo de M. G. RUBIO DE CASAS, «Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del TEDH de 21-2-1984: El caso OZTURK», en *RAP*, número 104, mayo-agosto 1984.

Resulta lógico el contenido de la sentencia. Si pensamos que en un sistema coherente con el principio de división de poderes tiene plena vigencia y aplicabilidad el criterio según el cual «quien administra no juzga», y que si se reconoce la potestad sancionatoria a la Administración ello se debe únicamente a razones pragmáticas, y siempre con la exigencia de preservar las garantías para los individuos que se predicen del Derecho penal (sustantivo y adjetivo), habremos de concluir forzosamente que la actividad sancionatoria administrativa, para que salvaguarde el equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías del ciudadano, deberá basarse en esos principios penales.

Actualmente esta orientación está consolidada. Resulta significativo que en el XIV Congreso internacional del Derecho penal, celebrado en Viena en 1989, habiéndose realizado el trabajo por secciones, la primera estuvo dedicada, precisamente, al análisis de los problemas jurídicos y prácticos derivados de la diferencia entre el Derecho criminal y el «Derecho administrativo penal». Pues bien, dicha sección llegó, entre otras, a la siguiente conclusión: «El Derecho administrativo penal se asemeja al Derecho penal en cuanto que prevé sanciones represivas. Esta similitud impone al Derecho administrativo penal los principios básicos del Derecho penal sustantivo y el proceso justo (art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; art. 6 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del hombre y de las libertades fundamentales)» (16).

Centrándonos en el tema que constituye el objeto de este trabajo, el principio de culpabilidad, es indudable que, siendo éste un principio informador básico del Derecho penal, y siendo los principios penales aplicables al Derecho administrativo sancionador, el principio de culpabilidad desplegará sus efectos también en la esfera administrativa. Por ello, habrá que hablar en las sanciones administrativas de imputabilidad, dolo o culpa, exigibilidad de conducta conforme a Derecho, admisión del error de prohibición, y proporcionalidad de la sanción. En esta línea, el mencionado Congreso Internacional de Derecho penal recoge las siguientes propuestas: a) La responsabilidad en materia de Derecho administrativo penal se fundará en la culpabilidad (dolo o culpa); b) Las causas de justificación, las eximentes y las atenuantes reconocidas por el Derecho penal, incluyendo el error de derecho invencible, serán admitidas en el Derecho administrativo penal (17).

(16) SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO. «Conclusiones del XIV Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Viena en octubre de 1989». *Poder judicial*, 2ª época, número 17, marzo de 1990, págs. 102-103.

(17) SIERRA GIL DE LA CUESTA. *Op. cit.*, pág. 103.

En España, nuestra Constitución se apoya, es indudable, en el esquema de la división de poderes. Pero la misma Constitución parece haber asumido la necesidad práctica de reconocer una potestad sancionatoria a la Administración, y esta se consagra en los artículos 25 y 45 del texto constitucional. El mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia 77/83, antes mencionada, dice que el monopolio judicial de la potestad sancionadora del Estado «no ha funcionado históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se puede citar la conveniencia de no recargar con exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados». Se admite pues que no hay otro fundamento para la potestad que analizamos que razones puramente pragmáticas.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional, en una importantísima sentencia, de 8 de junio de 1981, afirmó que «los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo... hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». Como ha señalado SUAY RINCÓN, esta declaración no fue una «frase dicha en un determinado momento con excesiva ligereza, susceptible luego de ser manipulada sin escrúpulos por los abogados en la defensa de los intereses de sus clientes. Por el contrario, tiene tras de sí un background doctrinal de primera importancia, es la dirección decididamente asumida por el Derecho positivo de los países de nuestro entorno en que la experiencia de las sanciones administrativas está más desarrollada (Alemania, Italia y Portugal) y es la tónica general del Derecho europeo, a raíz del *arrêt Otzürk* dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (18).

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta corriente doctrinal en un número cada vez mayor de sentencias. Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1986 comienza el primer fundamento de Derecho diciendo: «La potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de policía en el sen-

(18) SUAY RINCÓN, JOSÉ. «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador». *RAP*, número 124, septiembre-diciembre 1990, pág. 163.

tido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal.» Y más adelante desarrolla esta afirmación de la siguiente manera: «Una vez promulgada la CE, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. En tal sentido, resulta expresiva y concluyente la STC de 8 de junio del 81...»

En términos similares, la sentencia de 28 de mayo de 1987 dice que «antes de entrar en las cuestiones que se alegan por el actor en el escrito de recurso es de señalar la trascendencia que en esta materia tiene la doctrina que informa la proyección de los principios penales al Derecho administrativo sancionador, que si ha aparecido a través de los tiempos como un Derecho primario frente al Derecho penal, esta situación debe entenderse superada tras la entrada en vigor de la Constitución, en donde la sanción penal y la administrativa reciben la misma declaración del constituyente conforme al artículo 25 del texto fundamental...».

En fin, la sentencia de 3 de octubre de 1988 se pronuncia en la misma línea: «La extensión de los principios del Derecho penal a las sanciones administrativas ha sido recordada con frecuencia por la jurisprudencia, siendo de destacar la postura adoptada al respecto por el TC, afirmando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia CE y una muy reiterada jurisprudencia del TS, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales.»

Podrían citarse muchas sentencias similares a éstas. Esta línea jurisprudencial ha venido a poner orden en una de las materias más necesitadas de adaptación a la Constitución, e introduce un criterio de racionalidad que está llamado a transformar uno de los sectores de la actividad administrativa más necesitados de reforma.

Y es que, ciertamente, el tema de las sanciones administrativas necesita un profundo replanteamiento, a la luz de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional. Si tomamos como punto de partida la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ de que «la Constitución no excluye sin más la potestad sancionatoria de la Administración... pero... en su texto no podrá ya justificarse una libertad absoluta del legislativo para decidir la asignación de competencias represivas, alternativamente, a su solo arbitrio, ora a los Tribunales, ora a la Administración» (19), la conclusión que hay que sa-

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 155.

car es obvia: como ha señalado PARADA VÁZQUEZ, no es constitucionalmente admisible que las leyes determinen sanciones administrativas ilimitadas, puesto que «la potestad sancionadora de la Administración está al servicio de la represión de ilícitos de menor gravedad y es una facultad de carácter auxiliar y delegado de la potestad punitiva del Estado que ostenta el poder judicial». Permitir una extensión ilimitada, sujeta únicamente al capricho del legislador, de las sanciones administrativas, puede llevar a resultados absurdos y contradictorios como los que el mismo PARADA VÁZQUEZ señala cuando dice que «en definitiva, resulta inexplicable que la Administración española no pueda privar a un ciudadano de su libertad por arresto ni de veinticuatro horas, pero pueda con multas de cientos de millones de pesetas condenarle de por vida a la más absoluta miseria. Parafraseando a LENIN, cabría decir entonces ¿Libertad, para qué?» (20).

Es de esperar que estos razonamientos calen en la conciencia del legislador, si bien la situación actual no permite grandes optimismos. Como ha señalado SUAY RINCÓN, causa estupor «la enorme naturalidad con que se introducen potestades administrativas sancionadoras en los textos legales y la indiferencia con que ello, por lo general, es aceptado por los grupos parlamentarios diversos al que sostiene al Gobierno. Da la impresión de que autorizar al ejecutivo a imponer sanciones ha pasado a ser algo muy semejante a una cláusula de estilo» (21). Lo cierto es que un simple repaso de las leyes que recientemente han atribuido competencias sancionadoras a la Administración permite comprobar que el legislador desprecia el principio de dejar a la sanción administrativa la persecución y castigo de los «ilícitos-bagatela», y atribuye a la Administración competencias sancionadoras que en un sistema coherente deberían, por definición, atribuirse siempre a los Tribunales penales.

Como ha dicho RODRÍGUEZ-VILLASANTE, «el reconocimiento, al máximo nivel normativo, de la potestad sancionadora de la Administración... no nos debe hacer olvidar que la atribución excepcional de una parcela del poder punitivo del Estado (que es, por definición, jurisdiccional) significa que el poder ejecutivo está esencialmente limitado por los otros dos poderes establecidos en la Constitución Española: el poder legislativo y el poder judicial» (22). A pesar de la claridad de este razonamiento, y el amplio consenso de la

(20) PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo* (I Parte General), 2ª edición. Ed. Marcial Pons, págs. 425 y ss.

(21) SUAY RINCÓN, JOSÉ. «El Derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma». *R.A.P.*, número 109, enero-abril 1986, pág. 188.

(22) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS. Prólogo a la obra *Derecho disciplinario militar*, de JOSÉ ROJAS CARO. Ed. Tecnos, pág. 20.

doctrina cuando afirma que las sanciones administrativas deben quedar restringidas a la persecución de los ilícitos de menor gravedad, la realidad es que las sanciones administrativas no son de escasa cuantía, ni siquiera de una cuantía elevada, en ocasiones son desmesuradas. Basta echar un vistazo, por ejemplo, a la Ley de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, o a la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, de contrabando, para ver la enorme cuantía de las multas administrativas que dichas leyes permiten imponer. Es urgente, por tanto, una racionalización del sistema, que conduzca las infracciones y sanciones graves a la esfera penal y deje únicamente en manos de la Administración los repetidamente mencionados «ilícitos-bagatela».

Al menos, es importante señalar que la jurisprudencia está optando decididamente por la extensión de las garantías y principios penales a este ámbito, como ya hemos tenido ocasión de ver. Pero no es esta una batalla definitivamente ganada, porque todavía subsisten sentencias que tratan de buscar diferencias «cualitativas» entre el ilícito penal y el administrativo, y sugieren criterios de distinción ciertamente inadmisibles. A título de ejemplo, puede citarse la del TS de 28 de enero de 1986, la cual si bien comienza diciendo que «es cierta la existencia de unos principios comunes a todo el Derecho sancionador», afirma a continuación que «no puede significarse el desconocimiento de las singularidades concurrentes en los ilícitos tipificados en los distintos ordenamientos, porque no pueden ofrecer los mismos problemas la mayoría de los delitos comprendidos dentro del catálogo del CP ordinario y, en concreto, los llamados delitos naturales (*mala in se, o prohibita quia mala*) que la mayoría de las infracciones correspondientes al llamado Derecho penal administrativo, por no decir la totalidad, por su naturaleza de infracciones artificiales o de creación política».

El contenido de esta sentencia es inadmisibile. No puede aceptarse que las infracciones delictivas sean *prohibita quia mala* mientras que las administrativas son *mala quia prohibita*. La asunción del principio de legalidad relativiza cualquier pretensión de construir conceptos naturales, apriorísticos u ontológicos del delito, y la calificación de un hecho como delictivo procede, por encima de cualquier otra consideración, de un dato formal que nos viene dado por la Ley: su inclusión en la Ley penal. La historicidad es consustancial al Derecho penal, y las conductas que se persiguen penalmente son históricamente cambiantes en función de la evolución de la conciencia y necesidades sociales, de manera que hoy se persiguen hechos que antes eran intrascendentes, y viceversa. No existen pues los «delitos naturales». Incluso si configuramos esa distinción sobre la base de que las infracciones administrativas tienen una escasa relevancia social, lo cual se traduce en una sanción

de igualmente escasa cuantía, hay que decir que afirmaciones de este tipo están constantemente contradichas por nuestro Derecho positivo, en el que el legislador castiga en vía administrativa acciones de indudable trascendencia social, y con sanciones muy superiores a muchas sanciones penales. Como ha dicho BAJO FERNÁNDEZ, «nuestro Derecho positivo demuestra fehacientemente que no se ha tomado en cuenta distinción alguna ni en la gravedad de la conducta (basta saber que algunas leyes facultan a la Administración a castigar la misma conducta sancionada por los Tribunales de Justicia) ni en la sanción (la Administración impone penas más graves que las del Poder Judicial). A nuestro juicio no hay más distinción que la formal. Ilícito administrativo es el castigado con sanción administrativa e ilícito penal el castigado con pena. Trasladado el problema al efecto jurídico, su solución se encuentra calificando de sanción administrativa la impuesta por órganos de la Administración pública y sanción penal, o pena, la impuesta por los Tribunales de Justicia» (23).

Afortunadamente, la jurisprudencia ya mayoritaria avanza en otra línea. Y esto se manifiesta en la evolución de las sentencias relativas al principio de culpabilidad. Si antes la jurisprudencia se resistía a tomar en consideración este principio y las garantías que de él se predicaban en el ámbito administrativo (24), cada vez son más las sentencias que lo acogen.

Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1986, después de afirmar que «la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de policía en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal», y que «una vez promulgada la CE, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena», dice que «uno de los principios cardinales del Derecho penal, sustantivo y procesal, contemporáneo es aquel que proclama la presunción de inocencia de toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

Los principios de personalidad y de responsabilidad subjetiva podemos verlos contemplados, entre otras muchas, en la sentencia de 25 de enero de 1983: «A los efectos sancionadores por la comisión de faltas administrativas, la responsabilidad se asienta, al igual que en Derecho penal, en la realización de actos personales, dolosos o culposos, propios del sancionado.»

(23) BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 92.

(24) Vid. la jurisprudencia citada por SUÁY RINCÓN en *El Derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma*, *cit.*, pág. 189.

Igualmente ha admitido nuestro Tribunal Supremo la relevancia del error. Así, la sentencia de 12 de febrero de 1986 dice: «En materia de sanciones administrativas, se ha de tener en cuenta que la creencia errónea, fundada razonablemente, de que no se comete infracción, disminuye la culpabilidad.» Y una sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 19 de julio de 1986, dice, por su parte, que «puede llegarse, en principio, en el campo administrativo, a la aplicación de la muy excepcional causa de exclusión de la responsabilidad que establece el artículo 6º bis a) CP, si bien con mayor cautela aún que en el campo penal, encontrándose el fundamento de esta aplicabilidad en la generalizada utilización en el ámbito administrativo de los principios informantes del Derecho penal».

En fin, la proporcionalidad de las sanciones también ha sido objeto de la atención de la jurisprudencia. En la sentencia del TS de 15 de marzo de 1988 leemos: «La discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de sanciones no es absoluta, sino que se halla sometida a los límites legalmente impuestos y a los que se deriven de los principios generales del Derecho, entre los que cobra especial relevancia el llamado principio de proporcionalidad entre medios y fines.» Y la de 23 de octubre de 1989 dice que «la potestad sancionadora de la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; debiendo resaltarse, a estos efectos, que el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa al control jurisdiccional».

Con todo, es mucho el camino que queda por recorrer. La jurisprudencia contencioso-administrativa lleva muchos años de retraso respecto de la penal en la consideración del principio de culpabilidad. Así, sigue basándose en la ya superada concepción psicológica, que reduce la culpabilidad al dolo y la culpa, sigue hablando de error de hecho y de derecho, cuando hace ya bastante tiempo que esa clasificación fue sustituida por la que distingue entre error de tipo y error de prohibición, etc. Es necesaria una asunción plena de este principio y sus consecuencias en nuestra jurisprudencia, de manera que la imputabilidad, la responsabilidad subjetiva, la exigibilidad de conducta conforme a Derecho y la proporcionalidad tengan en este ámbito una consideración similar a la que tienen en la vía penal.

Sólo queda por hacer una puntualización. Existe un sector doctrinal que pide, sí, la extensión de los principios y garantías penales a las faltas administrativas, pero sólo a las graves, y no a las leves. Sorprendentemente, en este sentido se manifiesta CERESO, que propugna la consideración de los principios de legalidad y culpabilidad únicamente en cuanto a las faltas graves, y

no respecto de las leves (25). Pues bien, este planteamiento no puede aceptarse, por las graves consecuencias que su aplicación conllevaría. Ciñéndonos al principio de culpabilidad, significaría sancionar supuestos basados en la responsabilidad objetiva, castigar a inimputables, no dar al error la menor consideración, imponer sanciones a hechos en los que no cabía exigir otra actuación, ignorar el principio de proporcionalidad, etc. No tener en cuenta el principio de legalidad supondría castigar cualquier hecho que la Administración, en su opinión, estime digno de sanción, sin tipificación de ningún tipo, e imponer las sanciones que la Administración tuviera por convenientes. De todos modos, todavía podría disculparse este planteamiento si efectivamente las infracciones y sanciones administrativas fueran infracciones y sanciones «de bagatela», pero como ya se ha dicho reiteradamente, en nuestro sistema jurídico no ocurre así.

Y como consecuencia de la desmesurada extensión de tales infracciones y sanciones, puede observarse que las sanciones que nuestra leyes establecen para las faltas calificadas como leves, son, precisamente, cualquier cosa menos leves. Basta ver la Ley de 2 de agosto de 1985, de Aguas, la cual, en su artículo 109, permite castigar las infracciones leves con multa de hasta 100.000 pesetas. O la Ley de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 36 posibilita castigar las infracciones que dicha Ley califica como leves con multa de hasta ¡Quinientas mil pesetas! Decir que la escasa cuantía de las sanciones permite postular la no extensión a su imposición de los principios y garantías penales resulta totalmente inadmisibles, y no hay que hacer un gran esfuerzo para razonar las gravísimas consecuencias que conllevaría dejar manos libres a las autoridades administrativas para imponer sanciones por faltas leves. Por eso, hay que sostener la extensión de los principios del Derecho penal a «todas» las infracciones y sanciones administrativas, sin distinguir entre unas y otras. Esta conclusión tiene base en la misma Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la seguridad jurídica, y el sometimiento de los poderes públicos a la Ley y al Derecho en su artículo 9º, además de las garantías plasmadas en los artículos 24 y 25, indudablemente aplicables en este punto.

Y pasamos a preguntarnos si todo lo dicho sobre las sanciones administrativas de protección del orden general puede extenderse a las llamadas sanciones administrativas de autoprotección, es decir, las impuestas en el cuadro de una relación especial de sujeción. Estas sanciones se diferencian de las ya examinadas en que en ellas prima «el aspecto de autoprotección de la Ad-

(25) CEREZO MIR. *Curso...*, cit., págs. 51-52.

ministración y sus intereses, del orden disciplinario de sus funcionarios, del buen funcionamiento de la concesión o del servicio público, etc., mientras que en las sanciones de protección del orden general primaría el interés por el mantenimiento del orden y la paz social en general» (26).

El Tribunal Constitucional en la sentencia 66/1984 ha dicho que las sanciones que ahora analizamos son «sanciones diferenciadas cualitativamente de las que dentro del complejo mundo de las sanciones no reducibles a una categoría única y tratamientos uniformes, se orientan a la protección del orden general».

Pues bien, es cierto que existe un elemento diferenciador entre ambas clases de sanciones, que viene dado por su fundamentación, puesto que, como vimos, las sanciones de protección del orden general tienen un fundamento exclusivamente pragmático, mientras que las de autoprotección ocupan, como dijimos, un lugar pacífico en relación con el Derecho penal, ya que no son sino una manifestación de la actuación administrativa y sus técnicas de organización. Ahora bien, el hecho de que la fundamentación de este segundo tipo de sanciones sea más fácil no justifica que gocen de menos garantías, o que no les sean de aplicación los principios penales anteriormente examinados. Hay que criticar por ello cualquier tipo de argumentación que pretenda distinguir por un lado las infracciones penales y las administrativas de protección del orden general, y por otro lado las administrativas de autoprotección, aplicando a aquéllas mayores garantías que a éstas. En todo caso, unas y otras sanciones constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, inciden del mismo modo en la esfera personal y patrimonial de los administrados, y están bajo la esfera de influencia de los principios constitucionales. La doctrina es clara en este punto.

Así lo dice PARADA VÁZQUEZ: «En relación con las sanciones funcionariales y corporativas, normalmente denominadas sanciones disciplinarias, debe notarse que la circunstancia de operar en el seno de una relación especial de poder, no significa que su régimen de garantías deba ser sustancialmente distinto de aquellas otras previstas en la legislación general o sectorial administrativa, dada la gravedad de las consecuencias que de las mismas pueden derivarse, como es, por ejemplo, la pérdida de la condición de funcionario o una inhabilitación profesional, sanciones sin duda mucho más graves que una multa fiscal o de tráfico, o incluso que la privación temporal de libertad que comporta un arresto (27).»

(26) SANZ GANDASEGUI, FRANCISCO. *La potestad sancionatoria de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional*. Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 84.

(27) PARADA VÁZQUEZ. *Op. cit.*, pág. 430.

En el mismo sentido, SUAY RINCÓN, ciñéndose al Derecho disciplinario, dice que «en nuestros tiempos es la propia especificidad del Derecho disciplinario la idea que está en crisis. En particular, por cuanto se refiere a las sanciones disciplinarias, que se invoque la necesidad de salvaguardar el buen funcionamiento del aparato administrativo — que es, en último término, la razón esencial por la que a la Administración le vienen concedidas esas potestades especiales que conforman su supremacía especial— no justifica una reducción en las garantías de todo tipo que el funcionario posee en su calidad de ciudadano» (28).

Y finalmente, cabe citar a RODRÍGUEZ-VILLASANTE: «Aunque no cabe duda de que el Derecho disciplinario reúne especiales peculiaridades que lo singularizan dentro del Derecho administrativo sancionador, en tanto incide sobre relaciones especiales de sujeción, no puede constituirse en un apartado tan independiente (dentro del sistema sancionador de nuestro ordenamiento jurídico) que justifique la derogación de los principios penales y procesales que conforman la unidad sustancial de garantías, predicable constitucionalmente para todo el Derecho sancionador, penal y administrativo» (29).

Este criterio está calando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cada vez en mayor medida no duda en aplicar los principios penales al Derecho disciplinario. Así, por ejemplo, puede citarse la sentencia de 20 de junio de 1986, la cual caracteriza el régimen disciplinario de los funcionarios públicos como un régimen de «carácter cuasipenal, en el que rigen los mismos principios informadores que éste, como los de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad».

Resulta lógico este pronunciamiento jurisprudencial, y resulta lógico porque no es posible distinguir diferencias cualitativas entre el ilícito disciplinario y el penal. En este sentido se han manifestado autores como RODRÍGUEZ DEVESA o CERESO. Y es la misma línea que mantiene la doctrina extranjera. Es significativo que el III Congreso Internacional de Derecho comparado adoptara entre sus acuerdos que el Derecho penal y el disciplinario son de naturaleza idéntica y que debe proseguirse en la aproximación del Derecho disciplinario y el Derecho penal (30).

Pues bien, el acercamiento entre uno y otro Derecho sancionador se manifiesta si cabe con mayor intensidad en el caso del Derecho disciplinario militar. Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar presentan tantos

(28) SUAY RINCÓN. *El Derecho administrativo sancionador...*, cit., pág. 192.

(29) RODRÍGUEZ-VILLASANTE. *Prólogo*, cit., pág. 22.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal*, octava edición, pág. 30.

puntos de conexión que hay autores que no han dudado en afirmar la naturaleza penal del régimen disciplinario castrense. Pero como señalan BALADO y CALONGE, ésta es una cuestión que actualmente puede considerarse resuelta. El TC en sentencia de 15 de junio de 1981 afirmó que el Derecho disciplinario militar no tiene carácter penal sino administrativo. Ciertamente, el Derecho disciplinario militar es un Derecho sancionador no judicial, lo cual permite encuadrarlo dentro de la potestad sancionadora de la Administración, pero la posibilidad de que a través de él se impongan auténticas privaciones de libertad lo acerca al ordenamiento penal. Por eso concluyen los autores citados que principios como los de legalidad y culpabilidad son aplicables al Derecho disciplinario (31). Como ha dicho MOZO SEOANE, el Derecho penal protege unos principios y valores que «son los mismos que tutela el Derecho disciplinario, sin que sea posible encontrar diferencia material o de naturaleza entre las dos esferas; entre los ilícitos penal y disciplinario militares, la frontera es puramente cuantitativa y por ende convencional, siendo el único criterio para trazarla el mayor o menor desvalor que se quiera atribuir a cada conducta constitutiva del injusto; este criterio no puede ser más que de oportunidad legislativa, esencialmente contingente y variable» (32). ROJAS CARO ha establecido una clasificación de las infracciones disciplinarias entre las que son de naturaleza «delictual» y las que son de naturaleza «administrativa». El criterio puede ser estimable a efectos expositivos, pero resultaría inadmisibles si sobre la base del mismo se pretendiera aplicar los principios penales a las primeras pero no a las segundas (33). Como dice MOZO SEOANE, «está lejos ya la consideración de que los ilícitos disciplinarios no incorporan bienes jurídicos en sentido propio, sino simples deberes funcionariales» (34), y la extensión de los principios penales debe predicarse de todas las faltas disciplinarias, sin excepción.

Consecuencia de lo señalado es que el principio de culpabilidad desplegará todos sus efectos también en el ordenamiento disciplinario castrense. Sin embargo, la doctrina no ha adoptado, o no lo ha hecho suficientemente, todas las conse-

(31) BALADO, MANUEL y CALONGE VELÁZQUEZ, ANTONIO. *La aplicación de los principios constitucionales al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, 1988, pág. 2451.

(32) MOZO SEOANE, ANTONIO. «Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar». En los *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, pág. 187.

(33) ROJAS CARO. *Op. cit.*, págs. 266-267.

(34) MOZO SEOANE. *Op. cit.*, pág. 187.

cuencias que derivan de la implantación de este principio. Los autores suelen conformarse con la exigencia de dolor o culpa, pareciendo asumir la concepción psicológica de la culpabilidad, hace tiempo abandonada en el campo penal y cuyo mantenimiento en el administrativo sólo se explica por el retraso que este sector del ordenamiento lleva con respecto al penal.

Así, BALADO Y CALONGE definen el principio de culpabilidad como aquel que «exige la concurrencia de dolo o culpa en el autor de la infracción como un requisito de reproche sancionatorio» (35). MOZO SEOANE, en el mismo sentido, define este principio como «la presencia de dolo o culpa en el sujeto activo de la infracción como requisito básico para la exigencia de responsabilidad» (36). Finalmente, la configuración de la culpabilidad de acuerdo con la anticuada concepción psicológica es aún más evidente en ROJAS CARO, para quien la culpabilidad es «un elemento subjetivo que demuestra la referencia psíquica del hecho a su autor» (37).

Es necesario pues sentar el principio de culpabilidad y todas las consecuencias que de él se derivan tal y como la moderna dogmática penal lo entiende, y se expuso en la primera parte de este trabajo: los principios de responsabilidad por el hecho, personalidad, interdicción de la responsabilidad objetiva, exigibilidad de comportamiento conforme a la norma, imputabilidad, relevancia del error de prohibición, diferente gravedad de la sanción para la comisión dolosa y la culposa, graduación de la sanción en atención a las circunstancias personales del encartado, etc., deben ser considerados siempre en el Derecho disciplinario militar, tanto en las faltas graves como en las llamadas faltas leves.

De este modo, no se podrán aplicar sanciones «colectivas» cuando no se sepa quién es el responsable, «para dar ejemplo y que el culpable no escape» (por ejemplo, castigar a toda una unidad al no averiguar quién de entre sus miembros ha cometido un hecho ilícito). La misma falta, cometida dolosamente por unos y culposamente por otros, no podrá ser castigada con la misma sanción para todos. La creencia de actuar lícitamente deberá atenuar la responsabilidad (esto es particularmente importante para quienes llevan poco tiempo en filas). Nunca se podrán imponer sanciones por hechos fortuitos. Y, finalmente, las sanciones disciplinarias no pueden, con la excusa de la «ejemplaridad», superar la medida de la culpabilidad. No hay justificación ninguna, en ninguna circunstancia, que legitime imponer sanciones excesivamente ri-

(35) BALADO y CALONGE. *Op. cit.*, pág. 246l.

(36) MOZO SEOANE. *Op. cit.*, pág. 195.

(37) ROJAS CARO. *Op. cit.*, pág. 55.

gurosas con fines intimidatorios o ejemplarizantes, puesto que el principio de culpabilidad, plenamente operante en este ámbito, lo impide.

Hay que dejar sentado que la mayor severidad que se aprecia en las leyes sancionadoras militares no se debe a que la disciplina predomine o prevalezca sobre la justicia —eso sería incluso inconstitucional, además de ser ineficaz— sino a que la exigibilidad (y consecuentemente la culpabilidad) es mayor en el ámbito militar, y consecuentemente la gravedad de un mismo hecho es mayor en la vida militar que en la civil. Pero el principio de culpabilidad sigue siendo en este ámbito un límite eficaz del *ius puniendi*. Por eso resulta inadmisibles la tajante afirmación de ROJAS CARO cuando dice que «en el ámbito de las infracciones leves, de sanciones livianas y benignas, en las que los poderes sancionadores sirven para restablecer de inmediato la disciplina conculcada, la justicia debe ceder ante la ejemplaridad» (38). Aunque esta sorprendente afirmación es dicha por este autor al examinar la cuestión de la tutela jurisdiccional de las faltas, y no por tanto el tema que aquí nos ocupa, lo verdaderamente criticable es la argumentación que a ella subyace, en el sentido de que la ejemplaridad (?) deba predominar sobre las garantías del individuo. Argumentos de este tipo chocan frontalmente, así de claro, con la letra y el espíritu de la Constitución, y con la más consolidada doctrina.

Pero es que, además, no puede olvidarse el hecho de que, con una deficientísima técnica jurídica, la ley disciplinaria militar ha tipificado una falta grave de acumulación de leves, que hace que una sanción leve injustamente pueda conllevar una auténtica privación de libertad. ¿Y dónde está la levedad, la liviandad y la benignidad en estos casos?

Esta falta grave de acumulación de leves merece una atención especial. Viene tipificada en el artículo 9<sup>o</sup>.31 de la ley disciplinaria militar, la cual dice que es falta grave «cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto». En ciertos casos, la severidad de esta sanción puede estar plenamente justificada, ya que el buen orden de las Unidades puede verse más afectado por una multiplicidad de infracciones leves que por una sola falta grave. Además, la reiteración de conductas ilícitas puede ser indicativa de un evidente desprecio a la norma, falta de corrección, insuficiencia del castigo previo, etc. Sin embargo, esa justificación desaparece en otros muchos supuestos, en los que la repetición de faltas no tiene por qué ser indicativa de una mayor rebeldía o falta de corrección. La ley disciplinaria militar en su artículo 8<sup>o</sup> tipifica un amplio abanico de hechos calificados como

(38) ROJAS CARO. *Op. cit.*, pág. 105.

constitutivos de infracciones leves que revisten una muy escasa gravedad. Por ejemplo, no presentar el arma suficientemente limpia en la revista de armamento (art. 8º.4), ir mal afeitado (art. 8º.5), llevar el uniforme sucio (art. 8º.5), llegar un minuto tarde a formación (art. 8º.8), omitir por un descuido el saludo al superior (art. 8º.19), etc. No resulta forzado pensar que es perfectamente posible que se produzca una acumulación de faltas leves sin que por ello el autor de las mismas manifieste una conducta tan reprobable que justifique la imposición de una sanción privativa de libertad de un mes y un día en establecimiento disciplinario (en una cárcel, no nos engañemos). De hecho, en muchas ocasiones el militar, sobre todo el no profesional, es sancionado disciplinariamente, incluso en diversos momentos, por hechos cuya sanción en la vida civil resultaría irrisoria. Ciertamente, la mayor reprochabilidad derivada de la mayor exigencia en la vida militar exige el castigo también en estos casos, pero no un castigo tan desproporcionado como el que esta falta grave de acumulación de leves implica.

Recordemos que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio sobre la proporcionalidad de las sanciones es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal. Ahora bien, «siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella», puesto que si esa desproporción manifiesta se produce, habrá que calificarla de inconstitucional. Y no hay duda de que el automatismo en la aplicación de esta falta grave puede dar lugar en algunos supuestos a una manifiesta desproporción atendida la gravedad de los hechos y la culpabilidad del agente, por eso, entiendo que esa aplicación automática e incondicionada de la falta grave de acumulación, cuando atiende sólo al dato cuantitativo del número de faltas y no a criterios como la gravedad o la reprochabilidad, puede ser inconstitucional.

Además, el texto, la redacción, de la falta permite otra interpretación. Recordemos, castiga como falta grave el cometer falta leve teniendo anotadas y no canceladas «AL MENOS» tres faltas sancionadas con arresto. Esa expresión, «al menos» permite interpretar que puede exigirse un mayor número de faltas leves sancionadas con arresto para imponer la grave, es decir, que no hay que estar condicionado por el número de faltas, sino por la actitud que a través de ellas se expresa. Esta es la interpretación conforme con el principio de culpabilidad y con la Constitución.

Y es además la interpretación conforme con la misma ley disciplinaria militar, que recoge constantemente la exigencia de proporcionalidad en las sanciones (ver. art 6º, art. 8º.14). Es, en fin, la interpretación más conforme con la letra y el espíritu de las Reales Ordenanzas, las cuales, no lo olvidemos, dicen en su artículo 14 que la justicia debe imperar en los Ejércitos de manera que nadie tenga que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad.

## **3. INFORMACION**

## EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR(\*)

José JIMÉNEZ VILLAREJO  
*Presidente de la Sala de  
lo Militar del Tribunal Supremo*

La potestad disciplinaria militar, en principio, es una especie de la potestad sancionadora que tiene la Administración en general. Esta potestad se distingue claramente de la que ostentan y ejercen los tribunales cuando aplican el Derecho penal e imponen penas. Mediante el Derecho penal que aplican los tribunales se protegen intereses sociales colectivos; mediante el Derecho sancionatorio administrativo, que aplica directamente la Administración, tutela ésta su propio interés, de suerte que las sanciones administrativas tienen la finalidad de imponer coactivamente a los ciudadanos la conducta que a la Administración conviene para que la organización funcione adecuadamente y realice los fines que le están encomendados. La manifestación más importante de la potestad sancionadora de la Administración es la potestad disciplinaria de la que aquélla se sirve para establecer unas determinadas pautas de comportamiento en los miembros de su organización, con respecto a los cuales la Administración mantiene lo que suele llamarse una relación de «supremacía especial». Es precisamente esta relación la que legitima a la Administración para exigir de sus miembros algo más de lo que exige al resto de los ciudadanos, concretándose ese «algo más», fundamentalmente, en la disciplina interna por la que dicha relación se rige. Dicho «plus» de exigibilidad, en que descansa el derecho de la Administración a imponer sanciones o correctivos de carácter disciplinario, se nos revela con especial elocuencia cuando, por ejemplo, leemos en el artículo 1º de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que este régimen «tiene por objeto garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas», y recordamos, al mis-

(\*) **NOTA:** Conferencia de clausura pronunciada por el autor en el III Curso sobre «Régimen Disciplinario Militar» para Mandos de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, organizado por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, marzo 1991.

mo tiempo, que el artículo 1º de las Reales Ordenanzas dice que éstas «constituyen la regla moral de la Institución Militar». Ello quiere decir, sencillamente, que en el ámbito militar —y en distinta medida, en el ámbito de la Administración civil— existen numerosas normas morales cuyo cumplimiento se puede exigir coactivamente convirtiéndolas en normas jurídicas a través del Derecho disciplinario, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad global o exterior a la Administración, en que el repertorio de normas morales que reciben respaldo jurídico es más reducido.

El ejercicio de la potestad disciplinaria —hagamos, de momento, abstracción de la potestad disciplinaria militar—, como en general toda la actuación administrativa, está sometida al control de los tribunales a través del recurso denominado contencioso-administrativo. Si esa era la situación preconstitucional, la misma ha sido confirmada y reforzada por el artículo 106 de la Constitución de 1978, lo que es, por otra parte, absolutamente lógico en la materia de que estamos hablando si se piensa que mediante el ejercicio de aquella potestad se imponen sanciones que afectan a derechos de la persona y que la tutela de tales derechos está encomendada a los jueces y tribunales.

Ahora bien, como es sobradamente sabido, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que es la todavía vigente, excluyó del control jurisdiccional, por medio de su artículo 40, apartado d), todas las manifestaciones de la potestad disciplinaria militar, exclusión que no quedó compensada con el reconocimiento o establecimiento de recursos, dentro de la propia jurisdicción militar, contra las resoluciones de los mandos militares en que se sancionaba disciplinariamente la comisión de faltas o, más genéricamente, la inobservancia de la conducta adecuada. Recuérdese, en efecto, que bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945, ni las sanciones por faltas graves, que se imponían por la que era entonces Autoridad Judicial Militar, ni las sanciones por faltas leves, que imponía el jefe del militar corregido, eran susceptibles de recurso judicial alguno. Las resoluciones sancionatorias por faltas graves ni siquiera eran recurribles por vía administrativa, lo que curiosamente no acontecía con los correctivos por faltas leves, ya que los corregidos por estas últimas, si se consideraban ofendidos, podían acudir en queja al superior inmediato del que impuso la sanción e incluso llegar, en orden sucesivo, hasta el Jefe del Estado, si bien es prácticamente unánime la opinión de que esta especie de recurso de agravios era de tan difícil éxito como escasa utilización. Tampoco era susceptible de recurso la resolución ministerial que ponía fin al expediente gubernativo que se instruía cuando parecía concurrir una de las causas enumeradas en el artículo 1.011 del viejo Código, que permitían considerar perjudicial la continuación en el servicio de

un oficial o suboficial. Y debe tenerse presente, para ponderar la importancia de esta falta de recursos, que por una falta grave podía ser impuesta una sanción privativa de libertad de dos meses y un día a seis meses a los oficiales y suboficiales, y destinar a un Cuerpo de disciplina por tiempo de uno a dos años o arrestar entre dos meses y un día y seis meses a los individuos de clase de tropa y marinería; y que el expediente gubernativo sólo podía concluir, si su resultado era desfavorable al expedientado, con la separación del servicio.

¿Cuál era la razón de esta situación en cuya virtud el ejercicio de la potestad disciplinaria militar era inmune a todo control jurisdiccional?

Por algún autor se ha sugerido que la razón última podría estar en la inclusión del Derecho disciplinario militar en el Derecho penal militar cuya aplicación ha estado tradicionalmente atribuida a una jurisdicción especial que imponía, indistintamente, penas y sanciones disciplinarias. Aunque hay mucho de verdad en esta explicación, ya que en el Código de Justicia Militar era difícil establecer una diferencia sustantiva entre delitos y faltas, lo verdaderamente decisivo para explicar el fenómeno a que nos estamos refiriendo radica, de una parte, en la particularidad del Derecho castrense —indudable reflejo de la particularidad de este sector social— que ha generado, a lo largo de toda nuestra historia jurídica, una sensible desconfianza ante la posibilidad de que jueces no militares tengan competencia para la aplicación de dicho Derecho —a ello equivaldría atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el control del ejercicio de la potestad disciplinaria militar— y, de otra, en la acentuada confusión que en la anterior legalidad existía entre la potestad de mando y la jurisdiccional, lo que a la postre se traducía en un neto predominio de la primera sobre la segunda.

La segunda de las razones apuntadas se revela con absoluta claridad si se recuerda que, según el artículo 46 del Código de Justicia Militar, ejercían la jurisdicción militar el Consejo Supremo de Justicia Militar, las Autoridades Judiciales Militares, los Consejos de Guerra y los Jueces Togados Militares de Instrucción, a los que, en la práctica, había que agregar los Auditores sin cuyo previo dictamen no podían las Autoridades Judiciales resolver los asuntos de justicia. Esta enumeración permitía quizá hablar de una jurisdicción militar «compartida», pero basta leer las atribuciones que se encomendaban a las Autoridades Judiciales Militares —entre las que figuraba la de aprobar las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra— para comprender que la cuota más importante de potestad jurisdiccional correspondía precisamente a ellas. Y ha de tenerse en cuenta, sobre todo, que el artículo 49 del Código de Justicia Militar decía literalmente así: «Son Autoridades Judiciales: 1º.—Los Capitanes Generales de las Regiones, los Generales en Jefe de

Ejército y los Generales y Jefes de tropa, con mando independiente, a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción. 2º.—Los Capitanes y Comandantes Generales de Departamento, Comandantes Generales de Escuadra y el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina. 3º.—El General Jefe de la Jurisdicción del Aire.» En consecuencia, los titulares más cualificados de la jurisdicción militar no eran sino los Mandos militares superiores, a los que, al mismo tiempo, correspondía la competencia para corregir disciplinariamente las faltas graves y, en su caso, para resolver los recursos de queja que podían interponer los sancionados por faltas leves. Con tal coincidencia, en los mismos órganos, de funciones jurisdiccionales y disciplinarias, difícilmente cabía establecer, dentro de la propia jurisdicción militar, un mecanismo de control judicial sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria.

La situación ha cambiado sensiblemente como consecuencia de la radical mutación que se ha producido en la estructura política del Estado y los compromisos adquiridos por nuestra Patria en el orden internacional.

Para el tema que nos ocupa reviste particular importancia la firma por España, el 24 de noviembre de 1977, del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la posterior ratificación realizada el 4 de octubre de 1979. En el instrumento de ratificación, España se reservó, —es decir, formuló reserva a— la aplicación de los artículos 5º y 6º, en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, regulado por aquél entonces en el Código de Justicia Militar de 1945. El artículo 5º del Convenio, que garantiza el derecho de toda persona a la libertad y seguridad, establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos que expresamente se determinan, entre los que no se encuentran, por cierto, los que podrían derivarse del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración civil o militar. Y el artículo 6, por su parte, contiene la garantía jurisdiccional, según la cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones civiles o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal.

Si la reserva referida al artículo 5º del Convenio estaba plenamente justificada, incluso tras la promulgación de la Constitución de 1978, puesto que el artículo 25.3 de la misma admitió implícitamente que la Administración militar —y en consecuencia, los mandos militares— pueda imponer sanciones que impliquen privación de libertad, no se puede decir lo mismo de la reserva a la aplicación del artículo 6º. En primer lugar, porque el artículo 24.1 de la Constitución había proclamado el derecho de todos, sin excepción alguna, a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales. Y en segundo

lugar, porque cuando tuvo lugar la ratificación del Convenio ya era suficientemente conocida la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del Convenio de Roma, en su Sentencia de 8 de junio de 1976. En esta Sentencia, que resolvió el llamado «caso Engel» entablado entre un grupo de militares holandeses y su Gobierno, el Tribunal matizó el derecho de toda persona a que su causa sea oída por un Tribunal, cuando se trata del control del ejercicio de la potestad disciplinaria militar, en el sentido de que tal derecho sólo existe cuando la medida disciplinaria frente a la que se solicite la intervención judicial implique una verdadera privación de libertad. Fuere como fuere, la evolución legislativa posterior, que ha adaptado fielmente el Derecho disciplinario militar español, en lo que se refiere al control jurisdiccional de su aplicación, a las pautas marcadas por el Tribunal Europeo, ha dejado sin contenido apenas, como tendremos ocasión de comprobar, aquella reserva formulada en 1979 a la aplicación del artículo 6º del Convenio.

La evolución legislativa a que acabamos de referirnos ha sido, efectivamente, una auténtica «evolución» y no un cambio realizado de una sola vez, técnica reformadora que, si bien ha generado en nuestro caso pasajeras lagunas legales y alguna que otra desorientación en los operadores jurídicos, ha tenido la ventaja de permitir, a quienes se enfrentaban a un nuevo Derecho disciplinario, una gradual y progresiva adaptación a la normativa emergente, concediendo al mismo tiempo al legislador la oportunidad de introducir alguna corrección demandada por la práctica, antes de que el bloque legislativo estuviese concluso y cerrado.

Los hitos fundamentales de la citada evolución han sido la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el día 1 de junio de 1986 —simultáneamente con el nuevo Código Penal Militar que se publicó por la Ley Orgánica 13/1985— la Ley Orgánica, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que entró en vigor el 1 de mayo 1988 salvo determinadas disposiciones que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que entró en vigor, como es habitual, a los veinte días de su promulgación.

Cada una de las tres leyes mencionadas ha proporcionado factores indispensables para el logro de la meta que se pretendía alcanzar: la institucionalización de un mecanismo eficaz de control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, adaptada a las específicas condiciones del ámbito castrense.

La Ley de Régimen Disciplinario estableció, por primera vez en la historia de nuestro Derecho militar, una clara separación entre lo penal y lo disciplinario; configuró de un modo sustancialmente distinto las sanciones por faltas leves y las sanciones por faltas graves, previendo que puedan ser las

segundas privativas de libertad y sólo restrictivas de libertad las primeras, distinción sobremanera importante porque condiciona, como luego veremos, que se conceda o no recurso jurisdiccional contra las resoluciones en que se corrijan unas faltas u otras; y creó expresamente el llamado recurso contencioso-disciplinario militar, disponiendo en su artículo 52 que el mismo se podrá interponer contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa en el procedimiento sancionador por falta grave y asimismo, según el artículo 76, contra la resolución del Ministerio de Defensa que ponga fin al expediente gubernativo imponiendo al expedientado alguna de las sanciones disciplinarias extraordinarias, esto es, pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio. Por lo que se refiere a la resolución que pone fin a la vía jerárquica en el procedimiento sancionador por falta leve, la Ley de Régimen Disciplinario dispuso, en el segundo párrafo del artículo 51, que contra la misma no cabría recurso alguno, seguramente por estimarse que, no pudiendo ser ya castigadas las faltas leves con sanciones privativas de libertad, una resolución disciplinaria de esta naturaleza y alcance no puede ser equiparada, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la «acusación en materia penal» que menciona el Convenio de Roma entre los supuestos que hacen nacer el derecho a la tutela judicial. En este punto, sin embargo, la Ley de Régimen Disciplinario ha sido matizada de manera no desdeñable, como más adelante comprobaremos, por la Ley Procesal Militar.

A continuación, la Ley de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar creó los presupuestos orgánicos para que el control judicial de la potestad disciplinaria fuese realmente posible. Para ello, superando definitivamente el confusionismo antes existente entre autoridades judiciales y autoridades disciplinarias, articuló sobre bases inequívocamente nuevas la jurisdicción militar, aunque manteniendo no pocos rasgos de la estructura tradicional y conservando, por supuesto, su carácter de jurisdicción especial. Desde el punto de vista que aquí interesa, cabe señalar, entre otras innovaciones, la especialmente relevante de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye, en el artículo 2º de la Ley, de forma exclusiva y excluyente, a los órganos judiciales militares establecidos en la misma, lo que significa que quedan privados de dicha potestad los mandos militares que poseen, por el contrario, la potestad disciplinaria. De pareja importancia es la proclamación, hecha en el artículo 8º, de que, «en el ejercicio de su funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley», garantías todas ellas de un auténtico control de legalidad sobre las resoluciones adoptadas en el

ejercicio de la potestad disciplinaria. Y de no menor trascendencia es el hecho de que tanto el Tribunal Militar Central como los Tribunales Militares Territoriales estén integrados por miembros del Cuerpo Jurídico —Presidente y Vocales Togados— a los que se incorporan, en el momento procesal de la decisión del recurso, los Vocales Militares. Si estos últimos, como se dice en el preámbulo de la Ley, cooperan al acierto de la Justicia en la medida en que proceden del ambiente en que se ha producido el hecho objeto de la sanción, la tecnificación y profesionalización de la Justicia militar, que conlleva la presencia mayoritaria de los Jurídicos, se orientan evidentemente a que la revisión jurisdiccional de los actos sancionadores de los Mandos militares con poder disciplinario se realice con parámetros de estricta legalidad, pues tal es la razón de ser de un recurso de esta naturaleza. Hay que decir, por último, que la distribución de competencias diseñada en la Ley Orgánica 4/1987, respeta escrupulosamente el principio de jerarquía militar habida cuenta de la composición de los respectivos Tribunales. Así, la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo conoce de los recursos en materia disciplinaria que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias; el Tribunal Militar Central conoce de los que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales; y los Tribunales Militares Territoriales conocen de los que procedan contra las sanciones impuestas por el resto de los mandos militares. A la Sala Quinta del Tribunal Supremo corresponde, además, el conocimiento de los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales, lo que constituye la última y definitiva garantía de legalidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Finalmente, la Ley Procesal Militar, que dedica la parte primera de su Libro IV al recurso contencioso-disciplinario militar, ha venido a completar la regulación de la materia que analizamos, perfilando el proceso en el que han de sustanciarse las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las Autoridades y Mandos Militares con potestad sancionadora, dictados en aplicación de la Ley Disciplinaria. No es éste, con toda seguridad, el momento de hacer un estudio detallado —ni aun siquiera un estudio superficial— del procedimiento contencioso-disciplinario. Bastará, teniendo en cuenta los límites inevitables de esta exposición, aludir brevemente a algunas de las normas más fundamentales que se contienen en esta parte de la Ley Procesal Militar:

a). Será competente para conocer del recurso interpuesto el Tribunal Militar en cuyo territorio se encuentre destinado el mando que originariamente impuso la sanción o aquél en cuyo territorio tenga su destino o domicilio el demandante, a su elección (no pueden plantear problemas de atribución territorial los recursos interpuestos ante el Tribunal Militar Central, ya que su ámbito de competencia se extiende a todo el territorio nacional).

b). El procedimiento contencioso-disciplinario militar constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar (lo que significa que queda terminantemente excluido acogerse, en esta materia, al recurso contencioso-administrativo).

c). Están legitimadas para demandar la anulación de los actos en materia disciplinaria militar, así como para pretender el reconocimiento de una situación jurídica y el restablecimiento de la misma, las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria (no puede utilizarse este recurso, pues, para obtener la satisfacción de una pretensión distinta).

d). El recurso contencioso-disciplinario militar únicamente será admisible en relación con los actos definitivos dictados por las Autoridades o Mandos sancionadores, que causen estado en la vía administrativa, es decir, que no sean ya susceptibles de recurso ante el superior jerárquico.

e). Existe un procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o contra la imposición de las llamadas sanciones disciplinarias extraordinarias, y un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, aplicable cuando el demandante pretenda que la sanción disciplinaria impuesta afecta al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución. La regulación del procedimiento ordinario constituye una adaptación del procedimiento contencioso-administrativo regulado por la Ley de 27 de diciembre de 1956 y la del recurso preferente y sumario, a su vez, una adaptación del contencioso-administrativo establecido por la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

f). No se admitirá recurso contencioso-disciplinario respecto de: a) los actos que sean reproducción de otros anteriores que tengan carácter de definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos; b) los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario preferente y sumario; y c) la resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal

o accesoria. (Es rigurosamente lógico que, en este último caso, no se admita recurso contencioso-disciplinario contra la resolución del Ministro de Defensa que concluya el expediente gubernativo imponiendo la sanción de separación del servicio al militar que hubiere sido condenado, en las circunstancias mencionadas, por la jurisdicción penal ordinaria, ya que en tales casos la separación del servicio es una consecuencia absolutamente necesaria —*ope legis*— de la condena penal, de suerte que el acto administrativo de separación puede ser considerado, en rigor, un puro acto de ejecución.)

Nos resta, por último, hacer referencia a la segunda exclusión del recurso contencioso-disciplinario que acabamos de señalar —la de los actos que resuelvan recursos interpuestos contra resoluciones sancionadoras de faltas leves— exclusión que se matiza con una salvedad: «salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario». Esta frase, como ya hemos adelantado, comporta una importante rectificación del segundo párrafo del artículo 51 de la Ley Disciplinaria, en que taxativamente se decía: «contra las resoluciones citadas en el párrafo anterior —es decir, contra las que ponen fin a la vía administrativa en la corrección de las faltas leves— no cabrá recurso alguno». De acuerdo con la salvedad que hemos reproducido literalmente, es evidente que contra dichas resoluciones sí cabe recurso: el contencioso-disciplinario militar, de tramitación preferente y sumaria, que regula el artículo 518 de la Ley Procesal Militar, aunque sólo en el caso de que el acto sancionador haya afectado uno de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, que no son sino los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la misma Constitución. La rectificación no ha sido naturalmente caprichosa puesto que la imponía el citado artículo 53.2 de la Norma fundamental según el cual «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela» de aquellos derechos y libertades «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo». Prescindiendo del problema —aún no resuelto por el Tribunal Constitucional— de si los Tribunales militares pueden ser considerados, a estos efectos, «ordinarios», lo que es incuestionable es que si la Constitución reconoce un determinado derecho a «cualquier ciudadano», no pueden quedar fuera los militares. Ha quedado, pues, abierta la vía del recurso contencioso-disciplinario militar para la posible revisión de una sanción por falta leve si aquélla afectase a un derecho fundamental.

La interpretación del nuevo precepto no está ciertamente exenta de problemas. En un primer momento, se sostuvo por algunos que, sancionándose la inmensa mayoría de las faltas leves con privación de salida de la Unidad o

de permisos discrecionales y con arresto en domicilio o Unidad y afectando estas sanciones a la libertad, sería muy difícil que un castigo por falta leve quedase excluido del recurso contencioso-disciplinario. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de una Sentencia dictada el 1 de octubre de 1990, viene entendiendo, de forma que puede tenerse ya por doctrina consolidada esta interpretación, que la mera imposición de aquellas sanciones, que no son privativas sino restrictivas de libertad —diferencia que es decisiva según la Sentencia «Engel» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, no es suficiente para que se admita a trámite el recurso jurisdiccional. Consiguientemente, éste tendrá que admitirse —sin perjuicio, por supuesto, de la decisión que luego deba adoptarse por sentencia— cuando se reproche al acto sancionador alguna otra vulneración de un derecho fundamental, como podría ser la omisión de las normas esenciales del procedimiento disciplinario en tales términos que hubiera determinado la indefensión del sancionado, el castigo por una falta que no estuviera prevista como tal en la Ley Disciplinaria o por un hecho que en modo alguno fuese incardinable en una de las figuras descritas en la misma Ley, o la imposición de una sanción distinta de las legalmente establecidas. Y conviene tener en cuenta la posibilidad de que la última infracción pudiere ser apreciada si una sanción sólo restrictiva de la libertad se cumpliera en condiciones que implicasen un auténtico encierro o detención, pues entonces no estaríamos quizá ante una restricción sino ante una verdadera privación de libertad.

**José Jiménez Villarejo.**

## «SOCIEDAD CIVIL Y FUERZAS ARMADAS»

PONENCIA PRESENTADA POR EL GRUPO ESPAÑOL  
EN EL XII CONGRESO DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL  
DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA.  
BRUSELAS, MAYO, 1991.

### 1. APOYO MILITAR A LA SOCIEDAD CIVIL

#### 1.1. EN TIEMPO DE PAZ

1.1.1. *Describese la competencia atribuída en su país a las Fuerzas Armadas en asuntos que no sean materia propia de la defensa nacional, tales como:*

#### — asistencia en general

**Comandante Auditor  
Juan M. García Labajo**

Existe explícitamente formulado en el Ordenamiento Jurídico español, con el carácter de norma positiva, un deber genérico de apoyo militar a la sociedad civil. En efecto, la Ley 85/1978 de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen la «regla moral de la Institución Militar» (art. 1º), contemplan dicho deber genérico de apoyo, el cual se formula doblemente como principio de actuación de la Institución Militar en su conjunto (art. 22) y como obligación impuesta *ex lege* a la persona de cada militar en concreto (art. 193), si bien en este último caso de manera más limitada y referida únicamente a los casos de catástrofe o calamidad pública:

- Artículo 22: «La ejemplaridad debe presidir la actuación de la Institución Militar, que constituirá, entre las del Estado, modelo de cooperación ciudadana, especialmente en caso de catástrofe y cuando lo requieran circunstancias extraordinarias.»

— Artículo 193: «En caso de catástrofe o calamidad pública el militar, salvo que tenga orden superior en contra, debe prestar su ayuda, poniendo todo su empeño en atenuar los daños y socorrer a los afectados.»

Por su parte, en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar, se otorga legalmente a la Fuerzas Armadas la consiguiente potestad de actuación en sectores distintos a la propia defensa militar, con la finalidad, precisamente, de hacer viable el cumplimiento de aquel deber genérico de apoyo a la sociedad civil.

— Artículo 22.1: «Las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la Autoridad Civil, podrán colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.»

La forma o procedimiento de actuación de las Fuerzas Armadas en estas misiones de apoyo a la sociedad civil en tiempo de paz viene regulada de un modo general en el Decreto 1125/76, de 8 de abril, sobre colaboración de las autoridades civiles con las gubernativas en estados de normalidad y de excepción, dictado bajo la reflexión, que se expresa en el Preámbulo, de que:

«de hecho, cuando se ha producido alguna anomalía grave de carácter colectivo, ha surgido espontáneamente, como era de esperar, la cooperación entre autoridades militares y gubernativas; pero ello no descarta la conveniencia de establecer unas normas generales que regulen con uniformidad, para todos los casos, la forma de organizar y llevar a cabo aquella colaboración».

Tales normas generales responden a los siguientes principios:

a) *Subsidiariedad*

Las unidades militares cooperarán, únicamente, en caso de necesidad y a requerimiento expreso de las autoridades civiles.

b) *Conducto reglamentario*

Las peticiones de apoyo o colaboración que formulen estas últimas se canalizarán a través del Ministerio del Interior, a fin de que éste lo recabe del Ministro de Defensa.

Sólo en el caso de imposibilidad de que se lleven a efecto dichas comunicaciones, podrán las autoridades civiles recabar directamente de las autoridades militares correspondientes la colaboración de unidades militares. Tan pronto como sea posible, las autoridades civiles y militares darán cuenta a sus superiores de las de decisiones adoptadas.

c) *Comunicaciones escritas*

Las relaciones entre las autoridades civiles y militares se efectuarán por escrito; o verbalmente, si la urgencia del caso lo exige, pero debiendo confirmarse por escrito en el plazo más breve posible.

d) *Interés del Servicio*

Tales peticiones de colaboración o apoyo serán atendidas, a no ser que haya motivos excepcionales que lo impidan, los cuales deberán ser expuestos a las autoridades civiles.

e) *Universalidad*

La cooperación de las unidades militares consistirá en el desempeño y prestación de cualesquiera servicios públicos que puedan encomendárseles.

f) *Autonomía en la ejecución*

Las autoridades militares serán responsables de la ejecución de las misiones asignadas a las unidades militares que en cada caso intervengan, las cuales actuarán en todo caso encuadradas y dirigidas por su mandos naturales.

Tales principios generales rectores de la actividad de apoyo de las Fuerzas Armadas a la sociedad civil en tiempo de paz se reproducen luego en el concreto sector de colaboración de la Institución Militar en materia de protección civil (ats. 2º.3 y 16 f) de la Ley 2/85, de 21 de enero, de Protección Civil y 10 del Real Decreto 1378/85, de 1 agosto, que se analizarán más abajo, en otro apartado del cuestionario).

Por último, hay que reseñar que en el artículo 153 del Código Penal Militar, promulgado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, se tipifica como especie delictiva perteneciente a la categoría de los llamados «delitos contra los deberes del Servicio» el delito de denegación de auxilio a las autoridades civiles, que constituye la protección penal del deber de colaboración o apoyo antes reseñado:

— Artículo 153: «El militar que, en el ejercicio de sus funciones, fuere requerido por autoridad competente para la realización de cualquier servicio público en los que puede exigirse legalmente la cooperación de las Fuerzas Armadas, y no prestare la que estuviese a su alcance, sin desatender sus deberes preferentes, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.»

— **asistencia en caso de desórdenes y de tensiones de orden interno (p. ej. tumultos)**

**Coronel Auditor  
José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

El artículo 116 de la Constitución española de 1978 se refiere a los estados de alarma, excepción y sitio, estableciendo que serán regulados por una Ley Orgánica. Este precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, cuyo artículo 1 dispone que procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

El estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno cuando se produzca alguna alteración grave de la normalidad, tal como catástrofes, calamidades o desgracias públicas (terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud), paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Cuando la Autoridad competente sea el Presidente de una Comunidad Autónoma podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales (artículo 9º).

Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del or-

den público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

El artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1980 dispone que las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la Autoridad Civil, podrá colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.

El artículo 2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil establece que la competencia en materia de protección civil (que comprende la prevención de las situaciones de grave riesgo y la protección y socorro de personas y bienes) corresponde a la Administración Civil del Estado, y, en los términos establecidos en la ley, a las restantes Administraciones públicas. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en las acciones de protección civil.

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. La colaboración de las Fuerzas Armadas, que actuarán, en todo caso, encuadradas y dirigidas por sus mandos militares, deberá solicitarse de la autoridad militar que corresponda.

El Decreto 1125/1976, de 8 de abril, regula la colaboración de las Autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción y el Real Decreto 692/1981, de 27 de marzo, establece normas sobre coordinación de medidas con motivo de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica.

Según la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, profundamente modificada por la Constitución española, el Gobierno, todas las Autoridades de la nación y sus agentes velarán por la conservación del orden público, encontrándose comprendidos entre los actos contrarios al mismo los desórdenes tensiones interiores o tumultos (arts. 1º y 2º). El Ministro del Interior, para la conservación y restauración del orden público, ejerce el mando superior de las Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 10 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En caso de necesidad, la Autoridad competente en materia de orden público puede solicitar por conducto reglamentario la cooperación de Unidades militares para desempeñar los servicios públicos que se les encomiende, siempre bajo el mando de sus Jefes naturales.

## — prestación de suministros y servicios esenciales durante huelgas

**Capitán Auditor**  
**José F. Jiménez Vara**

Si bien la vigente Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional, prevé dentro de los supuestos de movilización de empresas la militarización de las mismas y de su personal, dicha previsión legal no puede hoy entenderse referida estrictamente al supuesto de prestación de suministros y servicios esenciales por las Fuerzas Armadas durante huelgas. La militarización de la empresa y de sus trabajadores en huelga resultaría en este caso posiblemente inconstitucional.

Por ello, la única previsión normativa de nuestro Ordenamiento hay que buscarla a este respecto en el artículo 4º.2 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, el cual preceptúa:

«En caso de necesidad, puede solicitar (el Ministro de la Gobernación —hoy del Interior—) por conducto reglamentario la cooperación de Unidades militares para desempeñar los servicios públicos que se les encomienden, siempre bajo el mando de sus Jefes naturales.»

## — asistencia humanitaria en caso de calamidades

**Teniente Coronel Auditor**  
**José M. Gordillo Alvarez-Valdés**

La Ley 2/85, de 21 de enero, sobre Protección Civil, contempla la colaboración de las Fuerzas Armadas, a solicitud de las Autoridades competentes, en las labores de protección civil en tiempo de paz, y siempre que la gravedad de la situación de emergencia lo exija, cualquiera que fuere la situación de riesgo, catástrofe o calamidad que se hubiere producido.

En tales supuestos la colaboración de las Unidades militares se llevará siempre a cabo bajo la dirección de sus mandos naturales. Las actuaciones encomendadas a las FAS, serán en todo caso las contempladas en el Real Decreto 1378/85, de 1 de agosto, sobre medidas provisionales para actuación en situaciones de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, prestando tareas de rescate y salvamento, asistencia sanitaria a las víctimas, atención social a los damnificados, rehabilitación inmediata de los servicios públicos perjudicados, etc..., dependiendo de la naturaleza de la

situación de emergencia originada, y en atención a las misiones y actividades que se correspondan con la especialización funcional que tengan atribuidas las Unidades militares cuya colaboración se hubiere requerido.

En el Real Decreto citado —art. 10— se recoge igualmente que la colaboración de las FAS en la prevención y control de dichas situaciones de emergencias, será solicitada por el Ministro del Interior al de Defensa, pudiendo la Autoridad local recabar directamente de las Autoridades militares la prestación de la colaboración, cuando las circunstancias no admitieran demora alguna en la actuación, o no hubiere posibilidad de comunicación con el Gobierno Civil o con el Ministerio del Interior.

En cualquier caso, se contempla la colaboración de las FAS como extraordinaria, y sólo para aquellos supuestos en que la gravedad de la situación de emergencia así lo exija.

Por último, hay que señalar que esta colaboración de las FAS para intervenir en situaciones de calamidad, también podrá requerirse en los supuestos de declaración del estado de alarma, por catástrofes, calamidades o desgracias públicas, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción o sitio; de la misma manera que se recogía en el Decreto 1125/76, de 8 de abril, sobre colaboración de las Autoridades militares en estados de normalidad y excepción.

#### **— cooperación con los servicios de protección civil**

**Teniente Coronel Auditor  
José M. Gordillo Alvarez-Valdés**

En España ya se contemplaba la colaboración humanitaria de las Fuerzas Armadas, en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar.

Posteriormente se promulgó la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, en la que se señala que, 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 le asignen, y actuando en todo caso tales Unidades militares encuadradas y dirigidas por sus mandos naturales.

En la misma Ley se contempla la creación de una Red de Alarma Nacional, coordinada con los Organos correspondientes del Ministerio de Defensa, para alertar a la población que pudiera resultar afectada por una emergencia.

A través de tal colaboración, las Fuerzas Armadas vienen prestando amplio apoyo a los Organismos de protección civil en todo tipo de emergencias, tales como incendios, salvamentos, sequías, inundaciones, etc.

A tales efectos, por el Ministerio de Defensa se han suscrito diversos acuerdos con otros Departamentos Ministeriales al objeto de determinar en cada caso la correspondiente colaboración. Así, con el Ministerio de Industria y Energía (27-12-85), sobre intercambio de información y tecnología, con el de Trabajo y Seguridad Social (9-1987), para el rescate y socorro marítimo, con el de Agricultura, Pesca y Alimentación (4-6-88), para la prevención y lucha contra incendios forestales, etc.

#### — protección del medio ambiente

**Teniente Coronel Auditor  
Antonio Mozo Seoane**

Conviene distinguir un doble orden de competencias, según se trate de tareas de mera colaboración o de competencias propias de la organización militar.

##### *A. Colaboración de las FAS con las Autoridades civiles*

La relación de las FAS con las actuaciones sectoriales en la materia tiene ya una cierta tradición, que se ha ido afirmando y desarrollando con el tiempo.

Así la Ley 81/1968, de 6 de diciembre, sobre incendios forestales, prevé en su artículo 13 la colaboración de las FAS, a petición de las Autoridades civiles competentes (Gobernadores Civiles), en la extinción de incendios cuyas proporciones lo requieran. La actuación militar se llevará a cabo siempre «bajo el mando de sus Jefes naturales» y con derecho a ser «resarcidas de los gastos producidos».

Por Real Decreto 2265/1982, de 27 de agosto, se establecen las bases generales de colaboración entre el Instituto para la Conservación de la Naturaleza (ICONA), como organismo con competencias específicas en este ámbito y el Ministerio de Defensa en orden a la utilización racional de los recursos naturales en las instalaciones y centros afectos a fines militares, y para la defensa y restauración del medio ambiente hasta donde sea compatible con dichos fines.

Algunas realizaciones concretas fruto de esta colaboración se expondrán más abajo, en el apartado correspondiente (1.1.3).

*B. Funciones específicas de la organización militar relacionadas con la protección ambiental*

El Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, por el que se determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, establece como una de las funciones específicas de la Dirección General de Infraestructura de la Defensa (DIGENIN):

«Dirigir la ordenación territorial de la infraestructura del Ministerio de Defensa, velando por la protección ambiental» (art. 10. Dos. 5).

A partir de esta función —y otras con ella concordantes— se han concentrado las misiones encomendadas a los distintos órganos operativos. Tales misiones son:

- Promover la Protección Ambiental en el ámbito de la infraestructura de la Defensa.
- Promover la aplicación de las técnicas de prevención y de acción curativa de contaminantes ambientales en Bases, Centros e Instalaciones.
- Realizar estudios y evaluaciones de impacto ambiental, aplicados a las actividades y proyectos de obras de infraestructura y servicios de la Defensa.
- Mantener relación con los diferentes Organismos nacionales y extranjeros, dedicados a la protección ambiental, y representar a la DIGENIN en las comisiones que afecten al ámbito de su competencia.
- Potenciar e impulsar en el Laboratorio de Ingenieros del Ejército (LIE), la adquisición de medios y técnicas específicas para el control de la contaminación ambiental.
- Promover, en colaboración con el LIE, la aplicación de las técnicas de prevención y de acción curativa de contaminantes ambientales en Bases, Acuartelamientos, Centros, Instalaciones y Dependencias de la Defensa.

## — protección de bienes culturales

**General Auditor**  
**Miguel Sáenz Sagaseta de Ilúrdoz**

### A. *Datos históricos*

En tiempo de paz, la intervención de las Fuerzas Armadas españolas en actividades de protección de bienes culturales se ha limitado a casos muy determinados de catástrofe o calamidad pública (incendio de Santander de 1941, inundaciones de Valencia de los años cincuenta, etc.). Debe subrayarse la importancia de la actuación de la Guardia Civil, Instituto jerarquizado de naturaleza militar que, sin embargo, depende del Ministerio del Interior cuando desarrolla, en tiempo de paz, este tipo de actividades.

### B. *Legislación*

#### a) Fuerzas Armadas

La Constitución Española de 1978, en su artículo 8º.1, dice:

«1. Las Fuerzas Armadas, 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.»

Sólo en un sentido muy amplio cabría entender que dentro de la expresión «defender su integridad territorial» se encuentra comprendida, como misión de las Fuerzas Armadas, la protección de bienes culturales.

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, reformada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, repite en su artículo 23.1, casi literalmente, el mencionado texto constitucional:

«1. Las Fuerzas Armadas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.»

Su artículo 26.1 declara:

«1. Las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar.»

En consecuencia, es en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, donde deben encontrarse las normas para la actuación de las Fuerzas Armadas en esta esfera, y resultan especialmente pertinentes sus artículos 22 y 193. El artículo 22 dice así:

«La ejemplaridad debe presidir la actuación de la Institución Militar, que constituirá, entre las del Estado, modelo de cooperación ciudadana, especialmente en caso de catástrofe y cuando lo requieran circunstancias extraordinarias.»

El artículo 193 añade:

«En caso de catástrofe o calamidad pública el militar, salvo que tenga orden superior en contra, debe prestar su ayuda, poniendo todo su empeño en atenuar los daños y socorrer a los afectados.»

El Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, por el que se determina la estructura básica del Ministerio de Defensa, dispone que corresponde en particular a la Dirección General de Política de Defensa, entre otras funciones, la de «gestionar la participación ministerial y coordinar la de los demás Departamentos en la defensa civil» (art. 4.2.6). Dentro de dicha Dirección General hay una Subdirección General de Defensa Civil (art. 4.4.3.).

La Ley fundamental en materia de protección de bienes culturales es la 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. Su artículo 2, después de declarar en su párrafo 1 que la competencia en materia del Estado y, en los términos establecidos por la propia Ley, a las restantes Administraciones públicas, y de establecer la participación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, agrega:

«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.»

Según el artículo 16. f) de la misma Ley, y sin perjuicio de la dirección y coordinación que incumben al Gobierno (art. 15.1), es el Ministro del Interior quien ostenta la superior autoridad en esta materia y a él corresponde «disponer, con carácter general, la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y solicitar del Ministro de Defensa la colaboración de las Fuerzas Armadas». Son de interés a este respecto los Derechos 1.125/1976, de 8 de abril, sobre colaboración de las Autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción, y 692/1981, de 27 de marzo, sobre coordinación de medidas con motivo de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica.

#### b) Guardia Civil

El artículo 104 de la Constitución española declara, en su párrafo 1, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, y tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Dentro de ésta puede considerarse incluida también la protección de los bienes culturales. Su párrafo 2 dice que «una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Esa Ley Orgánica es la 2/1986, de 13 de marzo. En su artículo 9.b) se especifica que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integrados, además de por el Cuerpo Nacional de Policía, por:

«b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden...».

Entre las funciones que, con carácter general, asigna dicha Ley Orgánica a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se encuentran la de «... asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa» (art. 11.1.b), «vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran» (art. 11.1.c) y «colaborar con los

Servicios de Protección Civil en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de Protección Civil» (art. 11.1.i)».

La Ley sobre Protección Civil dice, en la última parte de su artículo 2.1, que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a solicitud de las autoridades competentes, colaborarán en la protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen». Como ya se ha visto, el artículo 16 f) de esa Ley señala que corresponde al Ministro del Interior disponer la intervención de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

#### — operaciones de la ONU sobre mantenimiento de la paz

**Coronel Auditor  
Juan G. Martínez Micó  
(Diciembre 1990)**

La participación de Militares españoles en misiones de mantenimiento de la paz patrocinadas por Naciones Unidas se enmarca dentro de la nueva etapa iniciada por el Gobierno español con el Decálogo enunciado en 1984 por su Presidente y cuya vertiente fundamental es coadyuvar a los procesos pacificadores.

España ha participado en las siguientes misiones:

##### *A. Misión de las Naciones Unidas para la verificación de Angola (UNAVEM)*

La primera vez que España decidió participar en misiones de la ONU fue con motivo de la creación de la Misión de las Naciones Unidas para la verificación de Angola (UNAVEM).

El 17 de diciembre de 1988 el Secretario General de la ONU recibió cartas de los Representantes Permanentes de Angola y Cuba ante dicha Organización, en las cuales se expresaba la intención de los dos países de firmar, el 22 del mismo mes, un acuerdo bilateral para garantizar el redespiegue al norte y la retirada del territorio de Angola de las tropas cubanas, que en número de 50.000, se encontraban desplegadas en ese país. Todo ello como consecuencia de que Sudáfrica había aceptado formalmente aceptar la resolución 435 del Consejo de Seguridad, relativa a garantizar elecciones libres en Namibia tras los acuerdos de Brazzaville.

Para verificar este redespigie y la retirada total de los cubanos de Angola, ambos países solicitaron al Secretario General la constitución de una Misión de Observadores de la ONU que lo garantizara.

El Consejo de Seguridad decidió aprobar y aprobó, con la resolución nº 626, la propuesta del Secretario General en este sentido constituyendo el Grupo de Observadores de Naciones Unidas para la verificación de la retirada Cubana (UNAVEM).

UNAVEM comenzó a funcionar oficialmente el 1 de abril de 1989, si bien, con anterioridad (3 de enero 89), emprendieron la marcha a Luanda los primeros observadores del Ejército español, que se unieron a un grupo avanzado de UNAVEM para verificar la retirada de un primer contingente cubano que, como medida de buena voluntad, partió de Angola antes de la fecha oficial de inicio de la operación. La duración prevista de la misma es de 27 meses a partir del 1 de abril de 1989.

Al mando del General brasileño Pericles Gómeserreira, hay en este momento 60 observadores militares de NN.UU. aunque inicialmente fueron 70 y 35 miembros civiles del staff, de los cuales 20 son internacionales.

La participación española consiste en cuatro Jefes y dos Capitanes. La duración aproximada de cada relevo es de 10 meses.

#### *B. Grupo de Asistencia de las Naciones Unidas para la transición de Namibia (UNTAG)*

Esta operación de Naciones Unidas —ya finalizada— tuvo como misión: Apoyar el proceso de independencia de Namibia, desde la situación inicial bajo administración sudafricana hasta las elecciones.

El objeto de las elecciones fue constituir una Asamblea Constituyente de la que saldrán las leyes fundamentales del país.

El proceso para las elecciones se rigió por las directrices del Administrador General del territorio Sr. LOUIS PIEENAR (sudafricano).

UNTAG comenzó el 14 de abril de 1989. Tuvo una duración aproximada de un año.

En un principio el Contingente de UNTAG iba a estar compuesto de 7.500 personas. Debido a la falta de acuerdo para su financiación, se decidió reducir el número a 4.600 con objeto de disminuir los costes financieros. Posteriormente, y por necesidades operativas, se incrementó el número inicial con policías civiles hasta 5.500 en total. El Jefe del Contingente fue el Tte. General indio PREM CHAND.

España contribuyó a este contingente con un destacamento de 8T. 12, Aviocares, 85 hombres y un T-10 Hércules para apoyo (este último hacia la estafeta Madrid-Windhoek). La misión del contingente español fue de apoyo logístico a las otras Unidades de las Naciones Unidas desplegadas por este territorio africano. Realizaron actividades de apoyo, traslado de personal militar y civil, evacuación de enfermos y heridos y transporte de material y equipos.

La misión de proporcionar apoyo logístico a las unidades de la Operación UNTAG tuvo que afrontar el reto de trasladar a más de 7.000 Kms. —distancia que separa a España de Namibia— todo el equipo necesario para mantener durante un año los Aviocares españoles que sirvieron de transporte al contingente militar de las Naciones Unidas.

El contingente español fue efectuando relevos de personal cada cuatro meses aproximadamente.

### *C. Grupo de Observadores de las Naciones Unidas de Centroamérica (ONUCA)*

El Grupo de Observadores de las Naciones Unidas para Centroamérica (ONUCA) nació de la voluntad de los presidentes de Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Costa Rica y Honduras de buscar un mecanismo de seguridad que pacificara la región, azotada desde hace más de dos décadas por guerras civiles y violencia.

Esta voluntad pacificadora se plasmó por primera vez el 7 de agosto de 1987 con la firma por parte de los cinco presidentes centroamericanos del llamado Acuerdo de Esquipulas II, que posteriormente fue ratificado y ampliado por otras declaraciones conjuntas como la de Costa del Sol, Tela, San Isidro Coronado, Montelimar y más recientemente de Toncontín.

Las negociaciones entre los distintos gobiernos y los principales grupos de insurgentes que operan en la zona —el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) salvadoreño y los «contras» nicaragüenses— concluyeron con un plan en el que debían participar como garantes de la paz la Organización de Estados Americanos (OEA) y las Naciones Unidas.

El plan contempla la creación de tres grupos: el nombrado ONUCA; la Comisión Internacional de Apoyo y Verificación (CIAV), cuya misión fundamentalmente era la desmovilización, reunificación y repatriación de los antisandinistas; y la Misión de Observadores de las Naciones Unidas, encargada de vigilar el proceso electoral en Nicaragua (ONUEN) que supervisó la limpieza y democratización de las elecciones nicaragüenses del febrero pasado.

Según la Resolución número 644 aprobada el 7 de noviembre de 1989 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el mandato de ONUCA con-

siste en: «1) Verificar el cese de la ayuda exterior a las fuerzas irregulares y los movimientos insurreccionales, y 2) Verificar la no utilización del territorio de un Estado para agredir a otros Estados.»

El 27 de marzo de 1990, el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad ampliar el mandato de ONUCA para que participe también en la «desmovilización voluntaria» y recogida de armas de los «contras» nicaragüenses.

Por Resolución nº 675 de 1990 se decide prorrogar el mandato de la ONUCA por un nuevo período de seis meses, hasta el 7 de mayo de 1991.

A petición del Secretario General de la ONU, el peruano Javier Pérez de Cuéllar, a propuesta del Gobierno español y con el consenso de los presidentes centroamericanos, el 1 de diciembre de 1989 fue nombrado Jefe de ONUCA el General de División español Agustín Quesada Gómez.

En condiciones de pleno despliegue, ONUCA estará integrado por 260 observadores militares, más la tripulación aérea y personal de apoyo, una unidad naval que operaría principalmente en el golfo de Fonseca y el río San Juan. La ampliación del mandato del Grupo de Observadores aumentó sus efectivos con un batallón procedente del Ejército de Tierra de Venezuela de cerca de 800 soldados. En el terreno civil, ONUCA contará con 14 funcionarios médicos, 104 funcionarios internacionales de las Naciones Unidas y otros 82 empleados civiles locales.

España ha contribuido en las cuatro primeras fases con el General Jefe y 58 Observadores Militares, de los cuales seis se desplazaron a Haití para verificar el proceso electoral.

#### *D. Organización de Naciones Unidas para la verificación de las elecciones de Haití (ONUVEH)*

El Gobierno español envió en noviembre de 1990 un grupo de 9 Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra para que se integrasen en el contingente de Naciones Unidas que ha de verificar el correcto desarrollo de las elecciones generales, que han de celebrarse en Haití el 16 de diciembre. Es la cuarta misión de pacificación de la ONU en la que han intervenido militares españoles, después de haber actuado en Namibia, Angola y Centroamérica.

Los militares enviados a Haití para formar parte de ONUVEH son seis capitanes y tres comandantes.

Tres de los nueve militares que se han integrado en las fuerzas «cascos azules» de la ONU en Haití se encontraban en la actualidad en Angola, donde

participaban en UNAVEM, la Misión de Verificación de Naciones Unidas en Angola, encargada de supervisar la retirada de las tropas cubanas en Angola.

Los otros seis militares formaban parte de ONUCA, el contingente de Naciones Unidas para Centroamérica.

Se trata, pues, de personal experto, que se integrará en un contingente formado también por militares de Francia y Canadá.

Como en el caso de Angola, el papel de los militares es ejercer de observadores, por lo que no van armados. Su objetivo es verificar que no se producen irregularidades ni en el proceso preelectoral.

### *E. Conflicto en el Golfo Pérsico: Invasión de Kuwait por Irak*

En cumplimiento de las resoluciones 661 y 665 del consejo de Seguridad de Naciones Unidas tras la invasión de Kuwait por Irak y en defensa de los buques mercantes españoles, el Gobierno español decidió situar una flotilla compuesta por una fragata y dos corbetas en las aguas del Estrecho de Ormuz, en el mar de Omán, y en el Estrecho de Bad-el-Manded en el sur del mar Rojo.

Desde que la Oficina de Información Diplomática exigió «la inmediata retirada de las tropas iraquíes», el mismo día en que se conoció la invasión de Kuwait, hasta que España concretó el envío de buques, la postura del Gobierno español se ha mantenido firme en dos directrices: la solidaridad con las decisiones de la ONU y de la Unión europea Occidental (UEO), como miembro de ambos organismos internacionales, y el reconocimiento de la soberanía de los Estados árabes para intentar hallar una solución pacífica a la crisis del Golfo Pérsico.

A resultas del Gabinete de Crisis que se reunió el 8 de agosto, se constituyó una comisión encargada de coordinar las medidas precisas para el cumplimiento de las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU y las coincidentes de la Comunidad Europea, en favor del embargo de la venta de armas y de las importaciones de petróleo de Kuwait a Irak y de la congelación total de activos de los dos países, entre otras.

Asimismo, el Gobierno español, autorizó a EE.UU. el uso de las bases de Torrejón, Zaragoza, Morón y Rota, como puente para el traslado de sus efectivos militares al Golfo Pérsico, en cumplimiento del convenio de Defensa y Cooperación que los dos países firmaron en 1988. El día 20 de agosto, el Gobierno acordó ofrecer a la UEO el envío de tres buques al Golfo Pérsico —con un sentido más político y testimonial que militar— propuesta que hizo pública en la reunión que se celebró en París el martes 21. Tras la reunión, los Ministros de Asuntos Exteriores y Defensa indicaron que el en-

vío de los buques constituía una misión de paz, «como contribución a la estabilidad regional tras la petición de países árabes amigos».

El miércoles 22, el Ministro de Defensa firmó una directiva por la que una fragata y dos corbetas se desplazaban al Golfo. La presencia española —según el Ministerio de Defensa— está motivada por la decisión de colaborar en las resoluciones de las Naciones Unidas. Los buques españoles participan en una operación que se debe considerar en el marco del mantenimiento de la paz internacional. El mando de estos buques —puntualizó su titular— será ejercido en todo momento por nuestra Armada, y «sólo harán uso de la fuerza en caso de legítima defensa».

### — control del tráfico aéreo

**Coroneles Auditores**  
**Martín Bravo Navarro**  
**Javier Aparicio Gallego**  
**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

A tenor de lo dispuesto en el art. 2º.1. del Real Decreto Ley 12/78, de 27 de abril, por el que se fijaron y delimitaron las facultades correspondientes en materia de aviación a los Ministerios de Defensa y de Transportes y Comunicaciones, corresponde al Ministerio de Defensa asegurar la soberanía del espacio aéreo, situado sobre el territorio español y su mar territorial y a dicho efecto se le atribuye el control de la circulación aérea y la vigilancia del espacio aéreo en el de soberanía nacional. Sin embargo, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo siguiente del mismo artículo, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por delegación del Ejército del Aire, quien ejercerá en tiempos de paz el control de la circulación aérea general en los espacios aéreos señalados al efecto, salvo casos de emergencia o cuando circunstancias especiales aconsejen que dicho control sea ejercido por el Ejército del Aire, a juicio del Gobierno.

El criterio recogido en la disposición citada, refleja el que ya se mantenía en la Orden 1954/77, de 30 de junio, del hoy desaparecido Ministerio del Aire, y por la que se reguló el ejercicio del control de la circulación aérea, distribuyéndolo entre el Mando Aéreo de Combate de la Fuerza Aérea y el Servicio Nacional de Control de la Circulación Aérea.

El Mando Aéreo de Combate ejercerá, según dicha Orden, el control de toda la circulación aérea en tiempo de guerra y cuando circunstancias especiales lo aconsejen, a cuyo fin quedará subordinado a dicho Mando, en todos los aspectos operativos, el Servicio Nacional de Control de la Circulación Aérea. En tiempo de paz, el Mando Aéreo de Combate ejercerá el control operativo militar y de los vuelos de la Defensa Aérea, mientras que el Servicio Nacional de Control de la Circulación Aérea, dependiente entonces de la Subsecretaría de Aviación Civil, que se hallaba integrada en el Ministerio del Aire, y hoy de la Dirección General de Aviación Civil, del Ministerio de Transportes, ha de ejercer el control de la circulación aérea general, por delegación y sin perjuicio de proporcionar al Mando Aéreo de Combate cuanta información sea necesaria para tener conocimiento de la situación aérea.

El Servicio Nacional de Control de la Circulación Aérea, creado por Decreto 2500/60, de 29 de diciembre, ejerce su cometido en las regiones de información de vuelo y en las Aéreas de Control, así como en las Zonas de Control y en las de Aeródromo que correspondan a los Aeropuertos Nacionales, según se dispone en el artículo 2º del citado Decreto, en el que asimismo se establece que, en cambio, el control de la Zona de Aeródromo en las Bases Aéreas y, en su caso, el de Aproximación, quedará a cargo del mando de la Base con personal y medios del Ejército del Aire.

Como especialidad se establecía en la misma disposición que en aquellos aeródromos donde coincidan un Aeropuerto civil y una Base Aérea, el control de la Zona de Aeródromo y, en su caso, el de Aproximación, habría de ser ejercido por el Servicio Nacional de Control de la Circulación Aérea, criterio que ha sido modificado recientemente por el Real Decreto 693/90, de 18 de mayo, en el sentido de que en estos aeródromos en que se produzca la indicada coincidencia, si bien el parecer general se hará por el Servicio de Control de la Circulación Aérea, en los casos en que el número de operaciones militares sea mayor que el de movimiento de la circulación aérea general, el control se efectuará con personal y medios del Ejército del Aire.

Consecuencia de lo expuesto es que en el momento presente, y en contestación a la cuestión concreta a que se responde, podamos afirmar que en tiempo de paz el Ejército del Aire, integrante de las Fuerzas Armadas Españolas, tiene competencia para ejercer el control operativo militar y de los vuelos de la Defensa Aérea, así como el control de la zona de Aeródromo y en su caso el de aproximación en los aeródromos donde coincidan un aeropuerto y una Base aérea cuando el número de operaciones militares sea mayor que el de movimientos de la circulación aérea general.

— **ayuda en la recolección de las cosechas**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

Nada hay previsto concretamente sobre esta materia en el Ordenamiento jurídico español. No obstante debemos de tener en cuenta que la falta de recogida de determinada cosecha, con las consecuencias que ello conlleva — pérdida de la producción, ruina de explotaciones agrarias, despido de trabajadores agrícolas y de los demás empleos indirectamente dependientes de ella (empresa de envasado, transporte, comercialización, etc.)—, supone generalmente un problema de carácter privado, que sin perjuicio de la trascendencia que en un determinado ámbito geográfico o social pueda adquirir, no trascenderá en una necesidad de carácter público.

Cuando por el impacto económico o social, pérdidas que la misma ocasionare, etc, la recolección de cosechas se convirtiere en una Necesidad Pública, ningún obstáculo habría, para que conforme a lo establecido en el artículo 22 de la L.O. 6/80, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Fuerzas Armadas, así como en el Decreto 1125/1976, de 8 de abril, se empleasen los medios humanos y materiales de las Fuerzas Armadas para satisfacer la Necesidad Pública surgida.

— **jurisdicción ejercida con respecto a los civiles**

**Coronel Auditor  
José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la Jurisdicción militar, en tiempos de paz y en materia penal, esta Jurisdicción es competente para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar y de los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración. Sobre los civiles y en tiempo de paz no se ejerce ningún otro tipo de jurisdicción, salvo que se trate de civiles que, con cualquier asimilación militar, presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno (artículo 8º.5 del Código Penal Militar en relación con el artículo 18 de la Ley 50/1969, Básica de movilización Nacional), en los supuestos en que las necesidades de la defensa nacional o situaciones excepcionales lo exijan.

Conforme a los preceptos del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985), sólo pueden cometer un delito militar, en tiempo de paz, los civiles en los ca-

Los siguientes: allanamiento de dependencia militar, delitos contra centinela, negativa a cumplir el servicio militar, incitación, apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y deserción, delitos contra la Administración de la justicia Militar y receptación de efectos militares.

Otra cosa es la jurisdicción administrativa, integrada por las facultades de la Administración Militar y ajena a las competencias del Poder Judicial, que el Ministerio de Defensa puede ejercer en relación con el régimen estatutario de los funcionarios civiles que prestan sus servicios en el ámbito de este Departamento o las atribuciones del mismo en la relación laboral del personal civil no funcionario de los establecimientos militares. En ambos casos los conflictos con la Administración Militar se resuelven en vía judicial ante la Jurisdicción ordinaria de los órdenes contencioso-administrativo o laboral.

### — protección de la soberanía costera

**Teniente Coronel Auditor  
Agustín Corrales Elizondo**

La normativa en la materia está contenida en la Ley de Costas 22/88, de 28 de julio, desarrollada por el Real Decreto 1471/89, de 1 de diciembre.

En particular, el artículo 206 del Reglamento establece que las funciones de la Administración del Estado en el mar territorial, aguas interiores, etc., en materia de defensa se ejercerán por los Departamentos y Organismos que tuvieran encomendada dicha misión a la entrada en vigor de la Ley de Costas.

En ese orden, el antiguo Reglamento de costas, que debe considerarse aludido por la expresada remisión normativa, señalaba en su artículo 23 que la vigilancia de costas se efectúa por Unidades de la Armada, completando los artículos siguientes el ejercicio de competencia por parte de la Marina de Guerra, no condicionada a distinción alguna del espacio marítimo (art. 26), lo que lleva a hablar al precepto de «zona de su jurisdicción».

Con carácter específico, el artículo 26.2 puntualiza que la Armada «velará por el cumplimiento de los Convenios Internacionales, así como por el mantenimiento de la paz, seguridad y orden y poder respecto a la soberanía nacional.

Al margen de lo expuesto, la legislación española ha regulado en su Derecho interno el mar territorial en la Ley de 1977, siguiendo en todo caso el contenido de la conferencia de Ginebra sobre Derecho del mar de 1958, similar en este punto, como en otros, a la Convención de Jamaica sobre Derecho del mar.

En el mismo sentido, de acuerdo con la citada normativa internacional uniforme, los buques de guerra españoles ejercerán sus atribuciones como tales en materia de soberanía en la zona continua y en alta mar.

**Comandante Auditor  
Juan M. García Labajo**

La competencia de las Fuerzas Armadas en esta materia se encuentra limitada a la rendición de honores de Ordenanza, en los casos que se dirán luego. Mas, de una manera general, no corresponde a aquéllas la organización y gestión de los asuntos de protocolo, encomendada legalmente en España un órgano «ad hoc»: la Jefatura de Protocolo del Estado.

A las Fuerzas Armadas compete en esta materia de protocolo, según lo antes dicho, la rendición de honores de Ordenanza en los actos o ceremonias oficiales, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Honores Militares, aprobado por Real Decreto 834/84, de 11 de abril (Anexo II).

Desde este punto de vista que estamos considerando, de apoyo militar a la sociedad civil, cabe decir que la rendición de honores militares está prevista, aparte de a los Jefes de Estados Mayor y otros Oficiales Generales:

1. *A.S.M. El Rey*

A la llegada y salida del territorio nacional o a la llegada a una población del territorio nacional distinta de su residencia habitual, y en los actos oficiales de carácter militar o civil.

2. *A.S.M. la Reina*

Cuando presida algún acto oficial y en las despedidas o recepciones de sus viajes oficiales al extranjero.

3. *A.S.A.R. el Príncipe de Asturias*

En sus viajes y visitas oficiales, salvo orden expresa en contra.

4. *A.S.S.AA.RR. los Infantes de España*

Cuando presidan actos oficiales.

## 5. *A las Autoridades Civiles españolas*

En diversos supuestos, que varían según los casos y personas, entre los que se cuentan:

- El Presidente del Gobierno
- El Presidente del Congreso de los Diputados y el del Senado
- El Presidente del Tribunal Constitucional
- El Presidente del Consejo General del Poder Judicial
- Los Vicepresidentes del Gobierno
- Los Ministros del Gobierno, en especial el de Defensa

## 6. *A las Autoridades extranjeras*

En visita oficial a España o cuando visiten buques de la Armada Española la surtos en puerto de su nación, se rendirán honores:

- A los Jefes de Estado
- A los Presidentes de Gobierno
- A los Ministros de Defensa
- A los Oficiales Generales de los Ejércitos

## 7. *A los Jefes de Representación Diplomática y Consular*

Tanto al personal diplomático español, cuando visite por primera vez un buque de la Armada española atracado o fondeado en aguas del país en que esté acreditado, como a los Embajadores extranjeros acreditados en España, en los actos de presentación de cartas credenciales y otros supuestos.

Por otra parte hay que añadir que, igualmente, las Fuerzas Armadas rendirán honores fúnebres, en señal de respeto y homenaje, a los restos mortales de las personas que a continuación se enumeran —haciendo abstracción siempre del propio personal de las FAS—, salvo que hubieren renunciado expresamente a este derecho:

- A SS.MM. el Rey y la Reina y a SS.AA.RR. el Príncipe de Asturias y los Infantes de España.
- A los Presidentes del Gobierno, del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial.
- A los Vicepresidentes del Gobierno y al Ministro de Defensa.

1.1.2. *¿Las Fuerzas Armadas están exentas de la legislación generalmente aplicable en las materias de tráfico terrestre, marítimo y aéreo y de protección del medio ambiente o de los acuerdos sobre ordenación del territorio?*

— **tráfico terrestre**

**General Auditor  
Jesús Valenciano Almoyna**

La regulación del «transporte terrestre» lo constituye la reciente Ley núm. 16/1987, de 30 de julio (B.O.E. núm. 182, de 31 de julio), disposición que realiza una derogación expresa de todas las normas con rango de Ley formales reguladoras del transporte por carretera y por ferrocarril.

Como prevé el preámbulo de dicha Ley, ésta establece «un punto cero en la regulación del transporte terrestre» (sic), disponiendo su ordenación y estableciendo normas de general aplicación a la totalidad de los modos de transporte terrestre, sin perjuicio de la específica regulación que también hace del transporte por carretera y por ferrocarril.

Así pues, el transporte terrestre, bien por carretera, bien por ferrocarril, aparece regulado actualmente por la Ley núm. 16/87.

Sentado lo anterior, el ámbito de aplicación de la citada ley (título Preliminar, Capítulo Primero) abarca a las FAS, al no existir excepción expresa en contrario sentido.

Además, del contenido de los «principios generales», a que alude su Capítulo II del Título Preliminar, se desprende nuevamente aquella afección.

*Conclusión.*—Las FAS están sujetas a la vigente legislación aplicable de materia de tráfico terrestre.

— **tráfico marítimo**

**Teniente Coronel Auditor  
Agustín Corrales Elizondo**

No existen exclusiones sobre la obligatoriedad de cumplimiento escrupuloso por los buques de la Armada de todas las disposiciones relativas a la protección del Medio Ambiente.

Es más, en la actual estructura de las Comandancias de Marina, a cuyo frente se encuentra todavía personal de la Armada, corresponde a las mismas, en su condición de representantes en las provincias marítimas de la Dirección

General de la Marina Mercante, la coordinación de las labores de lucha contra las mareas negras, naufragios o vertidos que ocasionen contaminación o daños ecológicos.

En las citadas actividades corresponde a la Marina de Guerra la lucha directa contra los expresados fenómenos y circunstancias y la labor de coordinación de otras embarcaciones, además del auxilio y de las competencias privativas del Instituto Hidrográfico que depende asimismo de la Armada.

### — tráfico aéreo

**Coroneles Auditores**  
**Martín Bravo Navarro**  
**Javier Aparicio Gallego**  
**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

La Ley 48/60, de 21 de julio, sobre navegación Aérea, establece en su artículo 5º que su contenido se aplicará a la Navegación Aérea Militar cuando se disponga expresamente, y la disposición final 5ª de dicha Ley, al establecer cuales son los artículos de aplicación a la navegación aérea militar, además de los que cita, señala que también se aplicarán a dicha navegación aérea todos aquellos otros que en particular así lo dispongan y, entre éstos, el artículo 144 señala que las disposiciones de policía de la circulación aérea y disciplina de vuelo obligan a todas las aeronaves, civiles y militares, sin distinción de categoría o clase, debiendo significase que el artículo 142 de la misma Ley establece que la policía de la circulación aérea abarcará el cumplimiento de cuantos reglamentos, disposiciones y normas permanentes o eventuales tiendan a conseguir una rápida, segura y ordenada circulación de las aeronaves tanto en vuelo como en tierra, debiéndose considerar incluida la circulación aérea en el amplio marco del concepto jurídico legal recogido en este precepto.

En consecuencia, y como respuesta al punto 1.1.2., puede afirmarse que las aeronaves militares en tiempo de paz están sujetas a la legislación aplicable en materia de tráfico aéreo, si bien dicho tráfico, según ya se ha indicado con anterioridad, estará controlado por los servicios propios del Ejército del Aire, con la excepción de los aeródromos de utilización conjunta por una Base Aérea y un Aeropuerto civil en los que sea mayor el número de operaciones de la aviación general que el de la aviación militar.

## — protección del medio ambiente y ordenación del territorio

**Teniente Coronel Auditor  
Antonio Mozo Seoane**

### *A. Sujeción de las FAS a la legislación general sobre medio ambiente.*

El artículo 45 de la Constitución española de 1978 encomienda a los poderes públicos la defensa y regeneración del medio ambiente.

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, dictada en desarrollo del citado precepto constitucional, impone a todas las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de «velar por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales existentes en todo el territorio nacional, con independencia de su titularidad o régimen jurídico» (art. 2º.3).

En este sentido, la Ley establece la obligatoriedad y ejecutividad de los Planes de Ordenamiento de los Recursos Naturales, que constituyen «un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos» (art. 5º.2.).

En consecuencia, las obligaciones y límites derivados de esa legislación vinculan a la Administración Militar, que además de velar por la protección ambiental de las instalaciones y terrenos afectados a los fines militares, habrá de adecuar su planeamiento de infraestructura a las exigencias medioambientales, analizando el impacto sobre su entorno.

### *B. Fuerzas Armadas y Ordenación del Territorio.*

En el ordenamiento español no existe una norma general o básica sobre ordenación del territorio. Las únicas previsiones legales sobre esta materia son, por tanto, las contenidas en la vigente legislación sobre régimen del suelo y ordenación urbana, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril y los reglamentos de desarrollo. Concretamente, las dos figuras legales directamente relacionadas con la ordenación territorial son el Plan Nacional de Ordenación y los Planes Directores Territoriales de Coordinación: instrumentos de planeamiento que, sin embargo, carecen de virtualidad al no haber sido elaborados en la práctica.

Los citados Planes Directores Territoriales habrían de contener, entre sus determinaciones «el señalamiento de las áreas en que se hayan de establecer limitaciones por exigencias de la defensa nacional, teniendo en cuenta la legislación específica en la materia, o por otras razones de interés público» (art. 8º.2 b) de la Ley del Suelo). Al no haberse redactado estos Planes, queda sólo como aplicable la legislación sectorial.

Esa legislación específica está hoy constituida por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre zona e instalaciones de interés para la defensa nacional y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, normas que regulan tres tipos de espacios, «Zonas de interés para la defensa nacional», «Zonas de seguridad de instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar» y «zonas de acceso restringido a la propiedad», cuya declaración y constitución generan una serie de concretas prohibiciones y limitaciones a la propiedad privada.

Sin embargo, la falta de una auténtica ordenación del territorio suscita frecuentes problemas de aplicación de esta legislación y, particularmente, de coordinación con las competencias y actuaciones de otras Autoridades administrativas (sobre todo, de ámbito autonómico o regional y local).

La única «ordenación integral» hoy por hoy existente tanto en el plano jurídico-positivo como en el real, en España, es la urbanística. Pues bien, la citada Ley del Suelo de 1976 determina la obligatoriedad, para los particulares y para la Administración, de las disposiciones contenidas en ella y en los correspondientes instrumentos de ordenación urbana, debiendo integrarse en el planeamiento de esta naturaleza el planeamiento sectorial de la competencia específica de los distintos Departamentos ministeriales (art. 57).

De todo ello se deduce que, en principio, el planeamiento de infraestructuras militares debe adecuarse al urbanístico, por el carácter integral o integrador y, por consiguiente, prevalente de éste, como reiteradamente ha declarado la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, existe alguna excepción legal a esta estricta sujeción, significadamente en caso de «obras que afecten directamente a la defensa nacional» (art. 180.3 de la Ley del Suelo).

Con el fin de coordinar la gestión del patrimonio inmobiliario militar con la ordenación urbana, así como para adecuar a ésta el despliegue territorial de los Ejércitos, el Ministerio de Defensa ha establecido una organización «ad hoc», de carácter temporal, mediante la creación de un Organismo Autónomo denominado Gerencia de Infraestructura de la Defensa (Ley 28/1984, de 31 de julio y Real Decreto 2698/1985, de 27 de diciembre), cuya misión es, en este sentido, colaborar con las Administraciones Públi-

cas competentes en materia de urbanismo y ordenación del territorio (comunidades Autónomas y Ayuntamientos) «para que el desarrollo y ejecución del planeamiento urbanístico se coordine con los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas» (art. 2º de la Ley 28/1984). A tal efecto, la Gerencia está facultada para proponer modificaciones a los Planes Generales de Ordenación Urbana, redactar y proponer Planes Parciales o Especiales, Estudios de Detalle, celebrar Convenios con las Entidades competentes, etc., todo ello con el asesoramiento técnico de los órganos de la Administración Central del Estado que tienen competencia específica en la materia.

1.1.3. *Describase en particular la legislación aplicable en materia de medio ambiente, así como la concreta acción de las Fuerzas Armadas en este campo:*

— **Vigilancia aérea**

**Coroneles Auditores**  
**Martín Bravo Navarro**  
**Javier Aparicio Gallego**  
**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

Las Fuerzas Armadas Españolas y en concreto el Ejército del Aire, están obligadas al cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente, y en concreto, desde el punto de vista del Derecho Interno, de la Orden de 26 de mayo de 1976, sobre Protección y Prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves y de la Ley 31/1977, de 1 de abril, sobre aplicación de Sanciones en casos de Contaminación Marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves; normas internas, que aplican las disposiciones convencionales internacionales contenidas en el Convenio sobre Prevención de la Contaminación Marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, de 15 de febrero de 1972, ratificado por España el 25 de abril de 1974, y en el Convenio de 29 de diciembre de 1972, sobre Prevención de la Contaminación Marina por vertimiento de desechos y otras materias, ratificado por España el 10 de diciembre de 1975.

Por lo tanto el Ejército del Aire efectúa la vigilancia de las costas y aguas jurisdiccionales españolas, así como del territorio continental e insular patrio, proporcionando en este último ámbito, el servicio contra incendios a través de varios escuadrones debidamente equipados para tales misiones, operativos des-

de diversas Bases Aéreas, y en apoyo directo y coordinado con el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y en concreto con el Instituto de Conservación de la Naturaleza (ICONA).

— **actividades en campos de ejercicios y maniobras: conservación de la naturaleza**

**Teniente Coronel Auditor  
Antonio Mozo Seoane**

Dentro del marco legal que ha quedado descrito en los apartados anteriores, las FAS españolas han desarrollado su aportación a la conservación y regeneración del medio ambiente a través de distintas acciones llevadas a cabo sobre terrenos militares (en colaboración con el ICONA, conforme al Real Decreto 2265/1982, citado), en aspectos como los siguientes:

- Defensa de terrenos y Bases militares contra la erosión, plagas, fuegos, etc., mediante la realización de obras y repoblaciones hidrológicas, trazado de cortafuegos, construcción de caminos y cercas y reconstrucción de zonas afectadas por inundaciones.
- Regeneración y creación de masas forestales, habiéndose repoblado en el período 1986-88 más de 6.000 Has. de resinosas, frondosas y bosques en general, incluso de terrenos destinados a maniobras militares de tropas y unidades acorazadas, mejorando con ello su utilización militar, producción y condiciones de habitabilidad para las unidades.
- Ordenación y defensa del paisaje, principalmente mediante la reconstrucción de zonas afectadas por obras militares que habían contribuido a desertizar el entorno.

— **modernización de plantas térmicas de carbón**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

No existe previsión normativa alguna sobre el punto. Sólo se ha previsto el uso de los efectivos de las Fuerzas Armadas en misiones de protección de objetivos a petición de las Autoridades civiles competentes (Ministerio del Interior) y en colaboración con la Fuerza y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando los efectivos de las mismas no fuesen suficientes para el cumplimiento de estas misiones.

— **estudios sobre los daños y ruidos causados por las aeronaves**

**Coroneles Auditores**  
**Martín Bravo Navarro**  
**Javier Aparicio Gallego**  
**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

En lo referente a los daños ocasionados por las Aeronaves Militares, al estar éstas expresamente excluidas del sistema de responsabilidad por los daños causados a terceros en la superficie, plasmado en el Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952, las posibles responsabilidades dimanantes de las operaciones de las aeronaves militares, se rigen por las normas de responsabilidad patrimonial del Estado, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudieran derivarse del hecho en concreto, en el campo penal o disciplinario, por incumplimiento de los deberes propios de la navegación aérea por parte del personal aeronáutico respectivo.

También es de destacar que el Ejército del Aire está presente en la elaboración de investigaciones y actuaciones reguladas en el Decreto de 28 de marzo de 1974, sobre investigación y rendición de informes acerca de accidentes e incidentes de aviación civil, a través de un representante del Estado Mayor del Aire en la Comisión de Accidentes de Aviación Civil, dependiente orgánicamente del Ministerio de Transportes.

— **promoción del conocimiento de los problemas del medio ambiente entre los miembros de las Fuerzas Armadas**

**Teniente Coronel Auditor**  
**Antonio Mozo Seoane**

Personal de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa ha realizado cursos de alta especialización en Ingeniería Ambiental, organizados por la Escuela de Organización Industrial.

En los primeros meses de 1988 se realizó un curso sobre «Técnicas de evaluación de impacto ambiental» en los asentamientos permanentes de las FAS, dirigido a los Ingenieros Proyectistas de las obras de infraestructura.

1.1.4 *¿Qué experiencia han adquirido las Fuerzas Armadas de su país durante los últimos veinte años en operaciones nacionales de asistencia humanitaria?*

- **tipo y volumen;**
- **abastecimientos básicos;**
- **cooperación con organismos civiles;**
- **problemas.**

#### **Datos facilitados al Grupo por diversos organismos**

Carece este Grupo de una información precisa y detallada acerca de los extremos anteriores. De una manera general pueden, no obstante, describirse de este modo las misiones de auxilio y colaboración que día a día llevan a cabo las Fuerzas Armadas en España:

##### *Ejército de Tierra*

La permanente disponibilidad del Ejército de Tierra en bases, acuartelamientos y establecimientos repartidos por la casi totalidad de la geografía española, y la ubicación de los Gobiernos Militares en las capitales de provincia, en contacto inmediato con los Gobiernos Civiles, hace que la colaboración de las fuerzas terrestres en la materia sea intensa, pudiendo señalarse especialmente los siguientes tipos de auxilios y colaboraciones:

- contra incendios forestales
- inundaciones
- abastecimiento de agua a poblaciones en época de sequía.

La Sanidad Militar, en cambio, no ha tenido tanta intervención en este tipo de actividades, ya que la infraestructura sanitaria del país es suficiente para cubrir situaciones catastróficas localizadas, que en España se han debido generalmente a inundaciones por lluvias torrenciales o por desbordamientos de cauces fluviales o a incendios forestales, casos éstos en los que es mucho más relevante la ayuda de ingenieros militares y de maquinaria pesada o de material contra incendios. Sí hay que señalar, sin embargo, la actuación preventiva de la Sanidad Militar con motivo de grandes acontecimientos nacionales, como por ejemplo en las operaciones ICARO PAX (visita de S.S. el Papa) e ICARO NARANJA (campeonato mundial de fútbol), en las que se montaron puestos de socorro en puntos estratégicos, provistos de helicópteros mecanizados.

## *Armada*

La Marina de Guerra española presta en este campo los auxilios marítimos propios de los espacios en que desarrolla su acción:

- búsqueda, asistencia y remolque de embarcaciones siniestradas
- rescate de náufragos en la mar
- intervención de equipos de buceadores con motivo de inundaciones en tierra

## *Ejército del Aire*

Por las características de los medios de que dispone la Fuerza Aérea, son continuos los auxilios y colaboraciones de esta clase, hasta el punto de hallarse ya los mismos institucionalizados, con la existencia de tres Unidades Aéreas dedicadas a este tipo de misiones, que son las siguientes:

- aeroevacuaciones de enfermos y heridos
- salvamento de náufragos
- transporte de órganos para trasplantes
- transporte de féretros y cadáveres
- transporte de ayuda en caso de catástrofes (hospital militar de campaña; tiendas de campaña, vestuario y mantas; agua y alimentos; máquinas y herramientas; y correspondencia)
- lucha contra incendios forestales

1.1.5. *¿Qué experiencia han adquirido las Fuerzas Armadas de su país durante los últimos veinte años en operaciones internacionales de asistencia humanitaria?*

- **tipo y volumen;**
- **abastecimientos básicos;**
- **cooperación con organismos civiles;**
- **problemas.**

**Datos facilitados al Grupo  
por diversos organismos**

Las informaciones de que dispone el Grupo se refieren a la Sanidad Militar y al Ejército del Aire.

## *Sanidad Militar*

Ha prestado la siguiente ayuda humanitaria en el extranjero:

- Vietnam, en varias expediciones desde 1966, para colaborar con las autoridades civiles del Vietnam del Sur.
- Nicaragua, en dos ocasiones: con motivo del terremoto de 1972 y durante el conflicto de 1979.
- Guinea Ecuatorial, desde 1980, con el fin de colaborar en la reconstrucción del país, antigua colonia española.
- Argelia, en 1980, con ocasión de los terremotos que asolaron a la región de El Asnam.
- Colombia, en 1985, con motivo de la erupción del volcán Nevado del Ruiz.
- Irán, en 1985, para asesoramiento técnico sobre bajas por agresivos químicos, y en 1990, con motivo del terremoto ocurrido.
- Camerún, en 1986, con ocasión de la erupción producida en el lecho del lago Nyos.

Los problemas que han surgido en las expediciones, alguno de los cuales se ha ido paliando con la experiencia, son los siguientes:

- falta de coordinación entre los Gobiernos; se crea cierto confusionismo, con exceso de algunos medios y defectos de otros.
- falta de equipamiento adecuado del personal que se traslada a otro país de distinto clima; la urgencia de la ayuda a enviar es muchas veces la causa de ello.
- problemas de alimentación y su suministro al personal expedicionario.
- comunicaciones con el país de origen.
- reposiciones de material.

## *Ejército del Aire*

Ha prestado ayuda humanitaria, del tipo que a continuación se expone, en innumerables países del extranjero, especialmente en los de habla hispana:

- Sequías
- Terremotos
- Inundaciones

- Repatriaciones
- Fétetros
- Heridos (evacuación)
- Plagas
- Deficiencias hospitalarias
- Traslado minusválidos
- Traslado equipo médico

Los problemas surgidos en el desarrollo de este tipo de misiones de aerotransporte han sido los siguientes:

- Desconocimiento motivo de la misión
- Premura de tiempo
- Descoordinación en horarios de carga/descarga
- Falta de material de carga/descarga en aeropuertos civiles
- Retraso en llegada carga a base de partida
- Mala preparación de carga por el Organismo propietario
- Necesidad de llevar dinero en metálico para repostajes
- No poder sobrevolar ciertos países
- No recibir a tiempo las autorizaciones de sobrevuelo (retraso)
- Operar en zonas conflictivas (situaciones de guerra)
- Pistas mal preparadas
- Desconocimiento llegada avión en Base/Aeropuerto de destino
- Trabas burocráticas en países subdesarrollados.

## 1.2 EN TIEMPO DE GUERRA

1.2.1. *Describese el aumento de competencias de las Fuerzas Armadas de su país en tiempo de crisis o de guerra, en aspectos tales como:*

- **apoyo prestado a las Autoridades policiales**

**Coronel Auditor  
José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, (art. 1º) dispone que procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio. En virtud de esta declaración, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas y designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan. Las Autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la Autoridad militar y darán a ésta informaciones que les solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento.

El artículo 20 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa nacional y Organización militar establece la contribución a la Defensa nacional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque no tengan carácter militar y de las Policías de las Comunidades Autónomas y cualesquiera otras de ámbito local. Esta contribución se realiza en el marco de la «defensa civil» bajo la dirección del Ministro del Interior, coordinados por el Ministro de Defensa. Ahora bien, todas estas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías pasarán a depender de la Autoridad militar en caso de declaración del estado de sitio.

El artículo 22 de la citada Ley Orgánica 6/1980 dispone que las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la Autoridad civil, podrán colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.

En caso de declaración del estado de sitio, la Autoridad militar que haya de hacerse cargo del mando en el territorio a que afecte asumirá automáticamente las facultades que correspondan a la civil en los estados de alarma y excepción.

El artículo 2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil establece que la competencia en materia de protección civil (que comprende de la prevención de las situaciones de grave riesgo y la protección y socorro de personas y bienes) corresponde a la Administración Civil del Estado y, en los términos establecidos en la ley, a las restantes Administraciones públicas. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en las acciones de protección civil.

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. 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.

El Decreto 1125/1976, de 8 de abril, regula la colaboración de las Autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción y el Real Decreto 692/1981, de 27 de marzo, establece normas sobre coordinación de medidas con motivo de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica.

### — la protección de bienes civiles

**Coronel Auditor**  
**José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

España ha ratificado en 1989 los Protocolos I y II, Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, referidos a los Conflictos Armados con o sin carácter internacional. De forma que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico interno español la distinción entre «bienes de carácter civil» y «objetivos militares» (arts. 48 y siguientes del Protocolo I Adicional).

Así, los Mandos Militares de la zona afectada —en cumplimiento del artículo 58 del citado Protocolo I— se esforzarán por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil y bienes de carácter civil bajo su control, evitarán situar objetivos militares en el interior o proximidades de zonas densamente pobladas y tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil, bajo su control.

El artículo 137 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) dispone: «Los Mandos prestarán la debida atención a proteger la población civil, cuya presencia en las amplias zonas afectadas por las modernas formas de guerra reviste singular importancia.»

Y el artículo 139 de las mismas R. Ordenanzas establece la prohibición de causar daños inútiles y del saqueo, pillaje o venganza, trato humano de las personas ajenas al combate y respeto, de conformidad con las leyes y usos de la guerra, de hospitales y edificios de carácter religioso, cultural o artístico, siempre que no estén dedicados a fines militares.

## — el control del tráfico aéreo

**Coroneles Auditores**  
**Martín Bravo Navarro**  
**Javier Aparicio Gallego**  
**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

Según se ha indicado al contestar al punto 1.1.1., el control de la circulación aérea y la vigilancia del espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial corresponden al Ministerio de Defensa, y en tiempos de paz es cuando únicamente se ejerce el control del tráfico aéreo por el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, por delegación del Ejército del Aire.

La Orden 1954/77, ya también citada, atribuye al Mando Aéreo de Combate el control del tráfico aéreo en tiempo de guerra, y el Real Decreto Ley 12/78 señaló que, en tiempos de paz, también se ejercerá el control por el Ejército del Aire en casos de emergencia o cuando circunstancias especiales que así lo aconsejen a juicio del Gobierno.

De ello podemos deducir que, en tiempo de guerra, el control del tráfico aéreo se ejerce por el Ejército del Aire, y en los supuestos de crisis en tiempo de paz, la crisis deberá ser evaluada por el Gobierno, a quien corresponde decidir si debe o no asumirse el control por el Ejército del Aire y si tal actividad habrá de ser desempeñada por dicho Ejército en la totalidad del territorio nacional, o sólo en una parte o zonas concretas del mismo.

## — la protección de los bienes culturales

**General Auditor**  
**Manuel Sáenz Sagasetta de Ilúdoz**

### *A. Datos históricos*

La actuación de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra ha sido, indudablemente, mucho más destructora que protectora de bienes culturales. Las campañas napoleónicas a principios del siglo XIX son buen ejemplo, en España, de los irreparables daños que pueden producir al patrimonio cultural de un pueblo unos ejércitos (franceses e ingleses) incontrolados.

También la Guerra Civil de 1936-1939 produjo pérdidas enormes, causadas por ambos bandos. Baste recordar las quemadas de iglesias y edificios reli-

giosos, los bombardeos (Gernika) y todo tipo de destrucciones. No obstante, hay un caso en que las Fuerzas Armadas republicanas colaboraron de forma destacada en la protección de bienes culturales. Lo cuenta Rafael Alberti en la segunda parte de sus memorias, tituladas «La arboleda perdida», y su testimonio aparece corroborado por los historiadores.

En el mes de noviembre de 1936, el Museo del Prado de Madrid cerró sus puertas, después de los primeros bombardeos por la aviación nacional. Aunque la mayoría de las obras habían sido trasladadas a los sótanos, el Gobierno de la República y, en especial, la llamada Alianza de Intelectuales Antifascistas, se preocupó gravemente por el peligro que corrían aquellas obras de arte. Por eso se planificó y realizó una operación, consistente en el traslado a Levante de dos cuadros: Carlos V en la batalla de Müllberg (Tiziano) y Las Meninas (Velázquez), en la que participaron milicianos armados del 50 Regimiento y motoristas de la Columna Motorizada. Se trata quizá del ejemplo más notable que ofrece la historia contemporánea española de participación del Ejército en la protección de bienes culturales.

## B. Legislación

### a) *Tiempo de guerra*

Los primeros precedentes legislativos se encuentran en el artículo 879 del Reglamento para el servicio de campaña, inspirado en los artículos 27 y 56 de los Reglamentos sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907, que sienta el principio del respeto a las propiedades pertenecientes a los establecimientos de beneficencia, corporaciones religiosas, científicas y artísticas.

El Código de Justicia Militar de 1945 castigaba, en su artículo 280, al militar o agregado a los Ejércitos que, sin orden expresa de sus Jefes, incendiare o destruyere buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saqueare a los habitantes de pueblos o caseríos o cometiera actos de violencia en las personas. En relación expresa con los bienes culturales, su artículo 281.3 establecía la pena de prisión para el delito de «destruir en territorio amigo o enemigo templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de guerra». Debe recordarse en este contexto el Convenio IV de Ginebra de 1949, suscrito por España, que prohíbe el saqueo (artículo 33, párrafo segundo).

Con fecha 7 de julio de 1960 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre), España depositó el instrumento de ratificación del Convenio de La Haya de 1954

para la protección de bienes culturales, el cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española, ha pasado a formar ya parte del ordenamiento jurídico interno. El contenido de dicho Convenio es sobradamente conocido y no es preciso examinarlo aquí. En cuanto al Protocolo I de 1977, es indiscutible su importancia en esta materia. Su artículo 53 prohíbe cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar o hacer objeto de represalias tales bienes. No obstante, la ratificación de dicho Protocolo por España se encuentra aún pendiente.

En virtud del artículo 28 del citado Convenio de La Haya, las Partes se comprometían a tomar, en el marco de su sistema de Derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que fuera su nacionalidad, que hubieran cometido u ordenado que se cometiera una infracción de dicho Convenio.

El vigente Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, respondiendo a esa obligación, determina en su artículo 73 que:

«El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares, será castigado con la pena de tres a quince años de prisión.»

Los precedentes de este artículo están en los artículos 876, 878 y 893 del Reglamento de Campaña de 1882, el artículo 159 del Código de 1884 y el artículo 235 del Código de la Marina de 1888. De forma más cercana, pueden encontrarse en el artículo 233 del Código de Justicia Militar de 1890 y el ya citado artículo 280 de 1945. Por su parte, las Reales Ordenanzas, en su artículo 139, encuadrado dentro de los que describen las funciones del militar «en el combate», dicen:

«No utilizará medios de destrucción prohibidos ni causará daños inútiles o que produzcan sufrimientos innecesarios; no permitirá saqueo, pillaje o venganza. Tratará humanitariamente a las personas ajenas al combate y respetará, de conformidad con las leyes y usos de la guerra, hospitales y edificios de carácter religioso, cultural, artístico, siempre que no estén destinados a fines militares.»

También el artículo 74.1 del Código Penal Militar castiga con la pena de prisión de seis meses a seis años al militar que:

«1. Requisare indebidamente o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado.»

El precedente de este artículo está, en el Derecho interno, en el artículo 284 del Código de Justicia Militar de 1945 y, en el orden internacional, en el Convenio IV de 1949, cuyo artículo 47 considera como infracción grave la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares.

Más concretamente en relación con los bienes culturales, el artículo 77.7 sanciona con la pena de dos a ocho años de prisión, al militar que:

«7. Destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico.

Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena.»

El concepto de bienes culturales debe completarse con el que recoge el citado Convenio de La Haya. No obstante, es importante en esta materia la Ley 16/1985, de 25 de junio, que regula el Patrimonio Histórico Español y cuyo artículo 1º.2 dice:

«2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico.

También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico.»

Como puede verse, el mencionado artículo 77.7 se ha basado en este texto para delimitar el tipo penal, aunque sus precedentes estén en el artículo 281.3 del Código de Justicia Militar de 1945 y, más remotamente, en los artículos 105.3 del Código de 1884, 127.3, del de 1888 y 232.3 del de 1890. Debe destacarse por otra parte sus concomitancias con el artículo 85.4.d) del Protocolo I, que considera como infracción grave dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente.

Por último, el artículo 78 del Código Penal Militar, de nueva concepción, dice que:

«El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera actos contrarios a las prescripciones de los Convenios internacionales ratificados por España y relativos a (...) protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.»

Debe señalarse, como posible omisión legislativa, que la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que aprobó el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no contiene preceptos que sean expresamente aplicables a este tipo de actuaciones, por lo que, cuando sean de escasa gravedad, será preciso encuadrarlos como faltas graves o leves, en otros tipos disciplinarios.

En cuanto a la Guardia Civil, en tiempo de guerra depende exclusivamente del Ministro de Defensa (artículo 9º.b) de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

#### b) *Tiempo de crisis*

Hay que examinar aquí especialmente, no ya los casos de catástrofe o calamidad pública (incluidos anteriormente bajo el epígrafe «en tiempo de paz»), sino los de situaciones excepcionales oficialmente declaradas. En la legislación española tiene particular trascendencia a efectos de la participación de las Fuerzas Armadas, el llamado «estado de sitio».

La Constitución Española, en su artículo 116.1, dispone que «una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes». La Ley Orgánica citada es la 4/1981, de 1 de junio. Esta Ley determina, en su artículo 1º.1, que procederá la de-

claración de tales estados cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes. El estado de sitio aparece regulado concretamente en los artículos 32 a 36.

Según el artículo 32.1:

«Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.»

En virtud de su artículo 32.2, «el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera».

De conformidad con el artículo 20.3 de la Ley Orgánica sobre criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, anteriormente aludida, todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pasarán a depender de la Autoridad militar. El artículo 22.2 de dicha Ley dispone que la Autoridad militar «asumirá automáticamente las facultades que correspondan a la civil en los estados de alarma y excepción».

En armonía con lo que antecede, el artículo 9º.b de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, también mencionada, dispone que la Guardia Civil. «... durante el estado de sitio dependerá exclusivamente del Ministerio de Defensa».

Debe citarse por último, por su posible interés para la protección (o desprotección) de los bienes culturales, la Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional. Dicha Ley autoriza una movilización de bienes que puede afectar «a todos los recursos que sean necesarios», en las situaciones que la propia Ley prevé (art. 12, párrafo primero).

#### — apoyo a las actividades de protección civil

**Teniente Coronel Auditor  
José M. Gordillo Alvarez-Valdés**

La misma Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, que reconoce la necesidad de que se promulgue una Ley de Defensa Civil, atribuye a las Autoridades militares la competencia para asumir en caso de estado de sitio las facultades que

correspondan a las Autoridades civiles en los correspondientes estados de alarma y excepción. Señalándose que en tal supuesto todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como las restantes policías de las Comunidades Autónomas y Locales pasarán a depender de la Autoridad militar.

La Defensa Civil, como objetivo prioritario de la protección civil en caso de guerra, viene también recogida en la citada Ley 2/85, en la que se señalan como fines propios de dicha Defensa: la autoprotección, el servicio de alarma, los refugios, la evacuación y dispersión, el socorro y salvamento, etc...

Conforme a lo dispuesto en la indicada Ley de Protección Civil, en los supuestos de declaración de estados de alarma, excepción o sitio, la protección civil quedará sometida en todas sus actuaciones a las autoridades competentes en cada caso, según se recoge en la Ley Orgánica 4/81, de 1 junio, reguladora de los citados estados de alarma, excepción y sitio, siendo las Autoridades militares las competentes cuando se hubiese declarado el estado de sitio, conforme a los criterios fijados en la Ley Orgánica 6/80.

Por último, se recoge también en la Ley 2/85, para el concreto supuesto de movilización por causa de guerra, la plena colaboración entre Autoridades civiles y militares al objeto de obtener una eficaz utilización de los medios de la protección civil.

#### — evacuaciones

**Teniente Coronel Auditor  
José M. Gordillo Alvarez-Valdés**

La misma Ley de Protección Civil de 1985 hace referencia a la protección civil en casos de guerra, señalando que aquella tendrá por objeto, entre otras cuestiones, la evacuación, dispersión o albergue de la población civil.

Señalándose en la misma disposición, que en los supuestos de movilización por causa de guerra, se asegurará en todo caso la colaboración entre Autoridades civiles y militares, sin perjuicio que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/81, antes citada, se hubiese declarado el estado de sitio sobre todo, o parte del territorio nacional, en cuyo caso la protección civil quedará sometida en todas sus actuaciones a las Autoridades militares.

Al no existir hasta la fecha en nuestro país una Ley de Defensa Civil, habrá de acudir a la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, sobre criterios básicos de la Defensa Nacional, así como a la Ley 2/85, de Protección Civil, para conocer el alcance de aquel fundamental componente de la defensa nacional. En

ambas disposiciones se recoge la colaboración de las Fuerzas Armadas en la asistencia humanitaria, aunque sin que exista un claro deslinde entre ambas cuestiones, por tanto en la protección civil se regula, como se ha dicho, la movilización por causa de guerra, así como las evacuaciones, que son materia propia de la defensa civil, en cuanto los primordiales objetivos de ésta son, tanto el mantenimiento de la vida social y económica y asegurar la supervivencia de la población durante las hostilidades bélicas, como la prestación de apoyo civil a las fuerzas militares. Siendo de esperar que la próxima Ley de Defensa Civil deslinde efectivamente ambas materias, atribuyendo las correspondientes competencias en estos campos.

#### — control de tráfico (terrestre)

**General Auditor  
Jesús Valenciano Almoyna**

La Ley núm. 16/1987 contempla, dentro de sus disposiciones comunes a los diferentes modos de transporte terrestre (por carretera y por ferrocarril), una importante previsión. En efecto, su artículo 14 dispone: «El Gobierno podrá suspender, prohibir o restringir total o parcialmente, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, la realización de alguna o algunas clases de servicios o actividades de transporte objeto de la presente Ley, ya fueren de titularidad pública o privada, por motivos de defensa nacional, orden público, sanitarios y otras causas graves de utilidad pública o interés social, que igualmente lo justifiquen. Dichas medidas podrán, en su caso, justificar la procedencia de las indemnizaciones que pudieran resultar aplicables conforme a la legislación vigente.»

Por tanto, el Gobierno, en determinadas ocasiones y por los motivos recogidos en dicho precepto —entre los que destacan los relacionados con la defensa nacional—, goza de amplias facultades sobre la materia.

En congruencia con lo expuesto, el artículo 29 se refiere nuevamente a la defensa nacional, en el sector de los transportes, el objeto de coordinar el sistema de transportes con las necesidades de la defensa nacional bajo la coordinación del Ministerio de Defensa.

#### *Conclusión*

En tiempo de crisis o de la guerra y en el aspecto de «control de la circulación», las FAS tienen amplias competencias sobre transporte terrestre por mo-

tivos de defensa nacional —y más aún, en situaciones de estados de alarma, excepción y sitio—, lo que guarda congruencia con las siguientes disposiciones:

- \* Artículo 149.1.4 de la Constitución: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 4º Defensa y Fuerzas Armadas.»
- \* Artículo 116 de la Constitución (estados de alarma, excepción y de sitio).
- \* Artículo 15 de la LO 6/1980 de 1 de julio (por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar):
  - Artículo 15.1: «La coordinación de los recursos de la nación, necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa, se realizará por los órganos indicados en el título anterior, en la forma que establezca la Ley.»
  - Artículo 15.2: «La expresada coordinación comprenderá cuanto se relacione con la defensa nacional, y muy principalmente:... —Las vías de comunicación y los transportes de tierra, mar y aire—.»
- \* LO 4/81 de 1 de junio (BOE núm. 134, de 5 de junio), reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio:
  - Artículo 1º.2: «Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción o sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias.»
  - Artículo 11: «Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:
    - a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
    - b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
  - Artículo 19: «La autoridad gubernativa podrá intervenir y controlar toda clase de transporte y la carga de los mismos.»
- \* Ley 50/1969, de 26 de abril (BOE núm. 28, de abril, de movilización nacional):
  - Artículo 2º: «Recursos nacionales.—Pueden ser objeto de movilización de personas, y toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y,

en general, todos los elementos que puedan contribuir a las finalidades indicadas en el artículo 1º.

En consecuencia, podrán ser movilizados para cualquier servicio militar o civil en las condiciones prescritas por esta Ley:

Las personas físicas españolas y nacionalizadas según sexo, edad y circunstancias personales.

Las personas jurídicas españolas y nacionalizadas.

Los bienes cuyo propietario sea español o nacionalizado. La posible utilización de personas, entidades y bienes extranjeros se fijará por disposiciones especiales.»

### — control de tráfico (marítimo)

**Teniente Coronel Auditor  
Agustín Corrales Elizondo**

En la Legislación Española los períodos de crisis o tensión internacional están descritos, con relación al control naval, en el Decreto 2891/75, de 31 de octubre, sobre «Control Naval de las actividades marítimas nacionales en períodos de crisis o tensión internacional.»

Esta disposición es anterior a la Constitución española y, por consiguiente, utiliza los conceptos de «crisis» o «tensión» en un sentido genérico, distinto del que tras la Constitución da lugar a la Ley Reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

Sin embargo, la disposición está vigente, bien entendido que en coordinación con los aludidos conceptos.

De acuerdo con el citado Decreto, se faculta al Ministerio de Defensa (la norma referencia al Ministerio de Marina), previo acuerdo con el de Comercio para controlar y dirigir a través de la Dirección General de la Marina Mercante, la actividad marítima nacional en aquellas zonas marítimas de la geografía mundial en las que sean necesaria su intervención como consecuencia de crisis o tensión internacional, sea cual fuese la causa que la haya motivado.

La actualización de la citada Disposición ha sido estudiada con motivo de la reciente crisis del Golfo Pérsico y en esta misma línea de *lege ferenda*, se encuentra en un avanzado estadio de tramitación el anteproyecto de Ley de Ordenación de la Marina Mercante, en el que varios preceptos estudian las competencias de la Armada, en coordinación con la Dirección General de la Marina Mercante, en estados de guerra, situaciones de crisis y en la consecución de los fines de defensa civil.

— apoyo médico

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

El apoyo médico que las Fuerzas Armadas españolas pueden prestar en tiempo de guerra o crisis ha de ser diferenciado según que el referido apoyo se preste en caso de guerra o crisis, en la que están involucradas las Fuerzas Armadas españolas, o según el mismo se preste al exterior.

A. En el supuesto de guerra o crisis en la que se vieran envueltas nuestras Fuerzas Armadas, había de ser el sistema sanitario civil el que hubiere de prestar su apoyo al esfuerzo bélico de los Ejércitos. Si bien existen en concreto disposiciones normativas en nuestro ordenamiento jurídico que prevén este apoyo, el mismo habría de ser incardinado en el ámbito de la Defensa Civil prevista en el artículo 21 de la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, como «disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares en el servicio de la defensa nacional, y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias».

Si bien una futura Ley de Defensa Civil, cuya realización está prevista en el mismo artículo 21, sin lugar a dudas organizaría dicho apoyo de recursos sanitarios no militares a las FAS, su desarrollo se encuentra en la fase de borrador. No obstante en la actual legislación vigente, ya se le reconoce la importancia de los recursos sanitarios no militares para el logro de los objetivos de la defensa nacional:

- Así el artículo 15 de la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, prevé como uno de los principales recursos necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa, a los recursos sanitarios.
- A su vez la Ley 50/69, de 26 de abril, de movilización nacional, en su artículo 1º enumera entre las diferentes clases de movilización a incluir entre la Movilización Nacional, a la Sanitaria.

En cualquier caso dicho apoyo sanitario no militar a las FAS en situación de guerra se habría de concretar especialmente en dos aspectos:

- Recursos humanos sanitarios, especialmente facultativos, médicos u otros titulados sanitarios que podrían ser movilizados, sin mermar sustancialmente la efectividad del Sistema Nacional de salud.
- Plazas hospitalarias, y demás medios materiales sanitarios susceptibles de ser utilizados por las Fuerzas Armadas en el esfuerzo bélico.

En el supuesto de que la crisis no tuviere naturaleza bélica o no exigiese la disponibilidad de las Fuerzas Armadas por razón de la misma, es decir, si esta fuera de tal naturaleza que no requiriese la intervención de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de sus fines específicos, los medios sanitarios de las Fuerzas Armadas podrán ser empleados cuando la gravedad de la situación de emergencia lo esija a solicitud de las autoridades competentes. (Art. 2º.2 Ley 2/85, de 21 de enero, sobre Protección Civil.)

Dicha colaboración se prestaría dentro del ámbito de la protección civil. No obstante, dentro de los Planes Territoriales (de Comunidades Autónomas, Provinciales, Supraprovinciales, Insulares y Municipales), no deben figurar en el catálogo de medios disponibles los adscritos a las Fuerzas Armadas, aun cuando pudieran las mismas estar emplazadas en el ámbito geográfico cubierto por el plan territorial. Ello por tres razones:

- El despliegue de los medios humanos y materiales de las Fuerzas Armadas es materia clasificada.
- Su colaboración en situaciones de crisis conducidas por el sistema de protección civil estaría subordinado al cumplimiento por las Fuerzas Armadas de sus misiones específicas, si éstas tuvieran un carácter prioritario.
- La ubicación geográfica de determinados medios materiales de las Fuerzas Armadas, no debe entenderse como prioritaria utilización de las mismas por los Planes Territoriales que englobasen el emplazamiento en que se hallan enclavadas, pues el mismo carácter nacional de las FAS dependientes del Gobierno Central de la Nación y al servicio de la misma podrán exigir su uso preferente en aquel lugar geográfico de nuestro territorio donde fuesen más necesarias.

Ello no obsta a que determinados servicios sanitarios de las Fuerzas Armadas, por razón de su particular especialidad y de su escasa existencia en nuestra nación, v.g. unidad de quemados del H. M. Gómez Ulla, pudieran estar adscritos para su uso por determinados Planes Especiales de Protección Civil, realizados por sectores de actividad, tipo de urgencia, etc. Sin perjuicio claro está, de su preferente utilización por las FAS cuando se hallasen en el cumplimiento de sus misiones específicas.

B. En el supuesto de situaciones de guerra o crisis de carácter externo, en el que no se vieran directamente envueltas nuestras Fuerzas Armadas, habría que distinguir:

Si el conflicto o crisis fuera de naturaleza bélica sólo se prevé que dentro de la misión que España se compromete a asumir como base de refuerzo de Europa en

la NATO, se establezcan «Acuerdos de coordinación» en las cuales España como «Host Nation» prestaría a la hipotética «GUEST NATION» apoyo logístico, entre el que se incluiría el apoyo sanitario requerido en el esfuerzo bélico.

Si la crisis exterior que requiriese la aportación sanitaria española no fuera de carácter bélico, o España fuere neutral, dicha ayuda habría de encuadrarse en las labores de carácter humanitario que efectúan todas las naciones.

Esta materia se encuentra regulada por la Orden de 22 de abril de 1983 por la que se crea el Grupo de Ayuda de Emergencia al Exterior dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores. Dicho Grupo tiene como función la coordinación de la ayuda española a los países que sufren catástrofes o calamidades naturales, y cuenta entre sus miembros con un representante del Ministerio de Defensa. La cooperación del Ministerio de Defensa se concretaría en la prestación de medios y recursos sanitarios tanto humanos como materiales adscritos a las FAS (recuérdese la participación de equipos médicos españoles de las FAS en el terremoto de IRAN), y muy especialmente en la aportación de medios de Transporte para el envío de medios y la evacuación de heridos, refugiados, etc.

1.2.2. *¿Qué experiencias han adquirido las Fuerzas Armadas de su país durante los últimos veinte años en los campos descritos anteriormente en el curso de conflictos armados con o sin carácter internacional?*

- **tipo y volumen**
- **colaboración con organismos civiles**
- **problemas.**

Durante los veinte últimos años no se han desarrollado en España conflictos armados de ningún tipo.

1.2.3. *¿Qué repercusión tiene la colaboración cívico-militar en los campos descritos anteriormente sobre la distinción entre «bienes civiles» y «objetivos militares»?*

**Coronel Auditor**  
**José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

Conforme a lo establecido en el IV Convenio de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional de 1977, ratificados por España, en todo momento se hará distinción entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter ci-

vil y objetivos militares, dirigiendo las operaciones militares únicamente contra objetivos militares, a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil.

Y así, la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias.

Se protegen también, de forma especial, los bienes culturales y los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Las Autoridades y Mandos militares tomarán las precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de las operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control.

En concreto, señalarán adecuadamente estos bienes o lugares protegidos de carácter civil, establecerán y señalarán las zonas y localidades sanitarias y de seguridad localizadas no defendidas, zonas neutralizadas, zonas desmilitarizadas, hospitales y transportes de heridos o enfermos, bienes culturales y lugares destinados al culto, obras o instalaciones peligrosas, servicios de protección civil, acciones de socorro en favor de la población civil y centros de internamiento de civiles.

## 2. APOYO CIVIL A LAS FUERZAS ARMADAS

### 2.1. EN TIEMPO DE PAZ

#### 2.1.1. *Describese la naturaleza y características de dicho apoyo*

- a las **Fuerzas Armadas nacionales**
- a las **Fuerzas Armadas no enemigas estacionadas en su país**

**Capitán Auditor**  
**José F. Jiménez Vara**

*A las Fuerzas Armadas propias*

La Defensa Civil, así como la Defensa Militar, es un componente básico de la Defensa Nacional.

El fundamento de nuestra política de defensa, en similitud con la Alianza, consiste en contrarrestar toda agresión con unas medidas apropiadas tanto civiles como militares, que tienen por finalidad influir en la voluntad política de un potencial agresor, y cuya efectividad dependerá de la percepción que éste tenga de las capacidades de su oponente.

El estado de preparación civil es un aspecto importantísimo en la formación de dicha percepción, por lo que el valor disuasivo de la defensa sólo puede ser completado si, además de la preparación militar, existe un nivel creíble de preparación civil.

La Defensa Civil nace oficialmente en España con la Ley Orgánica de criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar LO 6/80, que la define en su artículo 21º como 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 catástrofes extraordinarias y establece que «una ley regulará sus condiciones, organización y funcionamiento», mandato legal que deberá cumplirse tan pronto se defina y decida claramente su filosofía.

Consecuentemente, un único sistema de Defensa Civil, asegura simultáneamente y con los mismos medios la disuasión de cualquier agresión y la lucha contra catástrofes extraordinarias.

La coordinación inmediata de la Defensa Civil, como parte integrante y consubstancial de la Política de Defensa correspondiente al Ministro de Defensa y su ejecución a los Ministros de los distintos Departamentos (art. 13 de la Ley Orgánica 6/1980).

Por otra parte, la Ley Básica de Movilización, aunque preconstitucional y obsoleta en algunos aspectos, entiende en sus artículos 1º y 7º, la Movilización de todos los recursos nacionales a las necesidades de la Defensa Nacional o exigidas por situaciones excepcionales.

Por tanto, el concepto actual de Defensa Civil, establecido por la LO 6/80, recoge el de movilización interministerial o de recursos civiles previsto por la anterior Ley Básica de Movilización 50/69, y así este último concepto debe integrarse en aquél.

La preocupación oficial por la Defensa Civil se manifiesta más adelante, en la Directiva de Defensa Nacional de 1986, que ordenaba desarrollar un sistema de Defensa Civil. En ella, y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 13 de la LO 6/80, se asignó originalmente la coordinación inmediata de esta función coordinadora a la Presidencia del Gobierno, a fin de «incardinar este sistema en el de conducción de crisis». Por otra parte la Directiva de Defensa Nacional de 1986 indicaba, en los criterios orientadores de dicha acción,

que el sistema de Defensa Civil fuera compatible y homologable con el de la Alianza, en cuya cúspide se encuentra el Comité Superior de Planes Civiles de Emergencia (Senior Civil Emergency Planning Committee o SCEPC), del cual dependen una serie de Comités de Planeamiento que atienden las distintas áreas de recursos y servicios.

Posteriormente, el Real Decreto 1/1987 (RD 1/87) asignó, entre otras funciones, a la Dirección General de Política de Defensa la de «gestionar la participación del Ministerio en la Defensa Civil y coordinar la de los demás Departamentos», así como la de «coordinar la movilización a nivel interministerial y dirigir su desarrollo en el ámbito del Departamento», creando para ello la Subdirección General de Defensa Civil.

Finalmente y por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 1988, que no se ha hecho público, se creó el Comité Nacional de Planes Civiles de Emergencia (CNPCE) que encuadra once Comités Sectoriales Interministeriales, correspondientes a servicios a proporcionar con distintos recursos gestionados por cinco Departamentos Ministeriales, que previsiblemente se reducirán a cuatro como consecuencia de la reciente reestructuración ministerial. Dicho acuerdo estableció, también, que la función de secretaría y órgano permanente de trabajo del CNPCE, sería desempeñada por la Subdirección General de Defensa Civil.

El CNPCE, además de construir un órgano de apoyo a la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis (CDGSC), junto con la Comisión de Apoyo a la CDGSC y los Grupos de apoyo ministeriales y dentro del sistema de Conducción de Crisis, diseñado por los Reales Decretos 2639/1986 y 167/1987, tiene por función el Planeamiento Civil de Emergencia como estructuración de la Defensa Civil, componente fundamental de la Defensa Nacional.

Por último, sólo indicar que los Comités Sectoriales Interministeriales gestores de recursos, son los de Recursos Alimentarios, Hídricos, Energéticos, Industriales, y de Materias Primas; los de Transportes Terrestres, Marítimos y Aéreos; el de Telecomunicaciones, y asimismo, de Apoyo a la Población en lo relativo a Recursos Sanitarios y Alojamientos.

### *A las Fuerzas Armadas no enemigas estacionadas en el país*

En tiempo de paz no existe ningún tipo de apoyo civil a las Fuerzas Armadas no enemigas estacionadas en nuestro país. En tiempo de crisis o guerra, se podría conforme a lo establecido en el artículo 12º del Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de

América; se prevé prestar apoyos conforme a lo contenido en los capítulos II y III de este Convenio, si bien su determinación se habrá de efectuar por medio de mutuo acuerdo entre las partes.

A fin de llevar a efecto estos apoyos, se deberán negociar entre España y los Estados Unidos de América, los consiguientes «Host Nation Support Agreement», en los que se concreten las modalidades y el alcance del apoyo prestado por nuestro país a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América.

## 2.2 EN TIEMPO DE CRISIS O GUERRA

### 2.2.1. *¿Cómo están definidos los términos «crisis» (tensión) y «guerra» en su legislación nacional?*

**Coronel Auditor  
José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

El Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que crea la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de «crisis» y el Real Decreto de 6 de febrero de 1987 que establece la Dirección de Infraestructura y Seguimiento para situaciones de crisis (órganos de apoyo al Gobierno dentro del Plan General de Defensa Nacional previsto en la Ley Orgánica 6/1980, modificada por Ley Orgánica 1/1984), nos proporcionan la noción de «crisis» o «emergencia».

Y ello porque estos órganos tienen la función de apoyo al Gobierno para la prevención, control y conducción de una eventual situación de crisis de carácter nacional o internacional que pueda atentar a la vida, seguridad o bienestar de los españoles y conseguir una utilización coordinada, rápida y eficaz de todos los recursos públicos y privados disponibles.

El término «crisis» guarda estrecha relación con los estados de alarma, excepción y sitio, a los que se refiere el artículo 116 de la Constitución Española de 1978.

Este precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, cuyo artículo 1º dispone que procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

El estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno cuando se produzca alguna alteración grave de la normalidad, tal como catástrofes, calamidades o desgracias públicas (terremotos, inundaciones, incendios urbanos

y forestales o accidentes de gran magnitud), crisis sanitarias (epidemias y situaciones de contaminación grave), paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio. En virtud de esta declaración, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas y designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan.

Según la Ley Orden Público de 30 de julio de 1959, profundamente modificada por la Constitución española, el Gobierno, todas las Autoridades de la nación y sus agentes velarán por la conservación del orden público, encontrándose comprendidos entre los actos contrarios al mismo los desórdenes, tensiones interiores o tumultos (arts. 1º y 2º).

Definición de «guerra» en el Derecho español. Aunque la Constitución española emplea la expresión «guerra» en algunos artículos, no define lo que debe entenderse por «guerra» o «tiempos de guerra».

El concepto de «en tiempo de guerra» se define en el artículo 14 del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985) de la forma siguiente:

«A los efectos de este Código se entenderá que la locución “en tiempos de guerra” comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser declarada la movilización para una guerra inminente, o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas.»

En el Derecho español el concepto de «tiempo de guerra» es un período temporal y una noción fáctica (frente al «estado de sitio»). Se puede iniciar de tres formas: declaración de guerra, movilización para una guerra inminente

o ruptura generalizada de las hostilidades. La definición sólo contempla la guerra con potencia extranjera, excluyendo las guerras civiles y otros conflictos armados con o sin carácter internacional. Finaliza la guerra cuando cesan las hostilidades.

2.2.2. *¿Cuál es, en tiempo de guerra, el estatuto del personal civil que participa en apoyo de las operaciones militares?*

**Comandante Auditor  
Juan M. García Labajo**

El artículo 21 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, contiene la previsión normativa de una futura Ley de Defensa Civil, que hasta el presente no se ha promulgado ni —que sepamos— se encuentre de ningún modo en proceso de elaboración:

«La defensa civil es la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional (...). Una ley de defensa civil regulará sus condiciones, organización y funcionamiento.»

A reserva de lo que puede disponerse en esta futura Ley de Defensa Civil, rigen por hoy las previsiones contenidas en la Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional, en cuanto al estatuto del personal civil que en tiempo de guerra participe en apoyo de las operaciones militares.

Dicho apoyo a las operaciones se materializará necesariamente en el desarrollo de actividades de producción y prestación de bienes o servicios con destino a las Fuerzas Armadas o útiles para la acción de las mismas. Los recursos humanos de la Nación, no propiamente militares, que realicen tales actividades integran lo que en el art. 9º de la LMN se denomina «Personal Civil Militarizado», al que se otorga por disposición de ley fuero y equiparación militar y que está constituido por:

- a) El personal civil del Ministerio de Defensa, o sea, los funcionarios civiles y el personal laboral de los organismos de la Administración Militar y de las Unidades de las Fuerzas Armadas.
- b) El personal de las empresas o establecimientos industriales o servicios que se movilicen en caso de guerra por acuerdo del Consejo de Minis-

tros, o sea, los directivos, empleados y obreros de cualesquiera empresas o entidades públicas o privadas, incluidos los funcionarios civiles de los servicios públicos que resulten objeto de movilización.

2.2.3. *¿Cómo se asegura la continuidad de dicho apoyo en tiempo de crisis o de guerra?*

— **¿En virtud de disposiciones legales relativas a estados de emergencia?**

**Comandante Auditor  
Juan M. García Labajo**

Desde el punto de vista jurídico esto es de lo que trata, justamente, la repetida Ley de Movilización Nacional al establecer en sus artículos 9º, 18 y 11 que ese «Personal Civil Militarizado» o de apoyo a las operaciones militares:

- «quedará equipado a las categorías militares que corresponda» (de Coronel a Soldado, conforme a lo dispuesto en el Decreto de 28 de noviembre de 1942)
- «quedará sujeto al Código de Justicia Militar» (entiéndase: a las Leyes penales y disciplinarias militares)
- «no podrá causar baja en sus centros de trabajo o actividad a voluntad propia.»

— **¿En virtud de contratos?**

**Coronel Auditor  
José L. Rodríguez-Villasante y Prieto**

Con independencia de las normas contenidas en la Ley Básica de Movilización Nacional, Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar (Ley Orgánica 6/1980) y Ley de Expropiación Forzosa, los contratos existentes en circunstancias de normalidad extienden sus efectos en tiempos de guerra e incluso contienen cláusulas para asegurar la producción o garantizar la prestación de transportes terrestres, marítimos o aéreos en caso de crisis o conflicto armado. Muy particularmente, en la concesión de las líneas marítimas «llamadas de soberanía» y en otras concesiones o constitución de empresas nacionales, con capital del Estado (mayori-

tario o no), son frecuentes estas reservas o cláusulas de disponibilidad empresarial para estos eventos.

El artículo 193 del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985) dispone que el que, en tiempo de guerra o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contratadas o las cumpliere en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Los mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Podrá imponerse, además, la suspensión de las actividades de la empresa por un período de uno a tres años y, en caso de especial gravedad, la incautación o disolución de la misma.

— **¿En virtud de otras medidas diferentes?**

**Coronel Auditor  
Javier Aparicio Gallego**

Fuera de los supuestos especialmente citados, y en relación con la navegación aérea, la Ley 48/60, de 21 de julio, prevé en su Capítulo VIII, la posibilidad de que se practiquen requisas, incautaciones y movilizaciones en relación con la aviación civil. El artículo 48 de la citada Ley dispone que, por acuerdo del consejo de Ministros, siempre que concurren graves motivos de interés público y mediante indemnización, podrán ser requisadas o incautadas las aeronaves que se encuentren en territorio nacional, correspondiendo la ejecución de tales acuerdos al Ministerio del Aire, hoy sustituido por el Ministerio de Defensa, como consecuencia de la desaparición de aquél. En los mismos casos y de la misma forma, se prevé la incautación por el Estado de los servicios aéreos de las empresas extranjeras instaladas en España y de los pertenecientes a españoles dentro o fuera del territorio nacional, incautación que se regula en el artículo 49 de la misma Ley, y en su artículo 50, se atribuye al Ministerio del Aire, hoy Ministerio de Defensa, la ejecución de la movilización total o parcial de empresas extranjeras de transporte aéreo, acordada por el Gobierno conforme a la vigente legislación, así como la militarización del personal y la determinación de las categorías militares que puedan atribuirse a dicho personal militarizado, en los casos en que la movilización o militarización tuvieran lugar.

#### 2.2.4. *¿Cuáles son las disposiciones legales sobre:*

— **mano de obra civil;**

Las ya indicadas para tiempo de guerra en los dos anteriores apartados.

— **servicios de comunicaciones;**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

En el contrato formalizado entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, con fecha de 21 de diciembre de 1946, se contempla la posibilidad de conectar a la red de la Compañía las instalaciones telefónicas de entidades oficiales por razones de defensa nacional (BASE 1ª), así como la excepción a la explotación de todos los servicios que la Compañía tiene otorgados con carácter de exclusividad cuando aquéllos se refieran a la defensa nacional y esta defensa Nacional tenga medios propios para satisfacer sus necesidades.

Posteriormente, mediante la OM de 20 de noviembre de 1965 publicada en el BOE de 2 de diciembre del mismo año, en su artículo 6º se expresa en el sentido de que podrán instalarse centralitas de abonados, propiedad de éstos, viniendo obligada la Compañía a instalar las líneas necesarias para su conexión a la red general y debiendo exigir por la instalación exclusivamente los gastos que origine la misma.

A fin de llevar a efecto las previsiones recogidas, tanto en el Contrato entre el Estado con CTNE, así como en la Orden Ministerial citada, el Ministerio de Defensa, la Compañía Telefónica Nacional de España y la Delegación del Gobierno en la misma, suscribieron en septiembre de 1981, un acuerdo en el que se fijaban las «Condiciones Generales para la Conexión a la red pública de la Compañía Telefónica Nacional de España de las redes telefónicas de las Fuerzas Armadas».

Posteriormente la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en su artículo 5º.1 y 2, estableció la contribución de las Telecomunicaciones a la Defensa Nacional. En concreto el citado artículo preceptúa lo siguiente:

- «1. Los servicios de telecomunicación que desarrollan actividades esenciales para la defensa nacional, constituyen parte integrante de la misma.
2. De conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de

la defensa nacional, el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones es el órgano de la Administración Civil del Estado con competencia para ejecutar la política de defensa nacional en el sector de las telecomunicaciones, bajo la coordinación del Ministerio de Defensa y de acuerdo con lo previsto en esta ley.

En el marco de las funciones relacionadas con la defensa civil, corresponde al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones estudiar, planear, programar, proponer y ejecutar cuantos aspectos se relacionen con la aportación del Ministerio a la defensa nacional en el ámbito de las telecomunicaciones.

A tales efectos, los Ministerios de Defensa y de Transportes, Turismo y Comunicaciones coordinarán la planificación del sistema de telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas a fin de asegurar, en la medida de lo posible, la compatibilidad con los servicios civiles. Asimismo, elaborarán los programas de coordinación tecnológica precisos que faciliten la armonización, homologación, coordinación y utilización, conjunta o indistinta, de los medios, sistemas y redes civiles y militares en el ámbito de las telecomunicaciones. Para el estudio e informe de estas materias se constituirán los Organismos interministeriales que se consideren adecuados, con la composición y competencia que se determine reglamentariamente.»

A fin de obtener la coordinación entre ambas clases de redes, y al objeto de lograr la utilización de los medios, sistemas y redes civiles de las Fuerzas Armadas, el artículo 29.4 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones establece que «las especificaciones técnicas de los equipos, aparatos, y dispositivos utilizados por las Fuerzas Armadas se determinarán por el Ministerio de Defensa, debiendo ser compatibles con las redes públicas de telecomunicación para que sea posible su conexión, en los términos previstos en el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 5º».

Como último inciso, indicar que tras la promulgación de la LEy de Ordenación de las Telecomunicaciones y en cumplimiento de lo señalado en la Disposición Adicional Segunda, el Gobierno y la CTNE formalizarán un nuevo contrato, en el que se determinarán los servicios finales y portadores cuya explotación se concede a la citada compañía.

#### — **transporte; ferrocarriles;**

La Ley 16/1987, de 30 de julio, relativa al transporte terrestre, tanto por carretera como por ferrocarril.

— **embarcaciones (pabellón nacional y pabellón de complacencia);**

**Teniente Coronel Auditor  
Agustín Corrales Elizondo**

El concepto de abanderamiento en la Legislación Española hace referencia a los buques que, habiéndose construido en Astilleros Españoles o habiéndose importado con las autorizaciones necesarias, estén abanderados en España, siendo su titular una empresa naviera española.

Se incluye, pues, tanto la nacionalidad originaria, como la derivativa de los buques.

Para el otorgamiento de la nacionalidad, o mejor dicho del Pabellón a buques extranjeros, hay que estar a la legislación interna, tal como señala el Convenio de Ginebra de 1958.

En la normativa española está vigente el Real Decreto nº 1027/89, de 28 de julio, sobre «Abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo», que permite el abanderamiento de los buques de procedencia extranjera, adquiridos por españoles, siempre que su importación se haya autorizado por el Gobierno, otorgado la oportuna licencia (art. 22 RD 1027/89).

A estos efectos, las personas adquirentes se inscribirán en el Registro de Empresas Marítimas (art. 10, RD).

Toda la documentación es susceptible de inscripción por un doble sistema registral (Restro Mercantil y Registro de buques), el primero con alcance determinante de la titularidad dominical y el segundo de carácter administrativo, o registro de Matrículas (arts. 1º al 7º del RD).

Los documentos otorgados en el extranjero que hayan de reflejarse en los registros marítimos deberán estar legalizados por el Cónsul de España competente.

Asimismo, de acuerdo con el Convenio de Bruselas de 1967, sobre privilegios e hipotecas marítimos, un navío matriculado en un Estado contratante no será susceptible de serlo en otro Estado sin ser dado de baja en su primera matrícula. Para que esta baja, por otra parte sea efectiva, por el Estado competente deberá comprobarse que no existen hipotecas o privilegios que pudieran quedar perjudicados por el cambio de abanderamiento.

En cuanto a los Pabellones de conveniencia la normativa española no establece ninguna traba especial distinta de la contenida en la Legislación Internacional, aunque el RD estudiado establece que el abanderamiento español se promueve ya por el propio astillero constructor como regla; es decir, que la norma presume el abanderamiento español de buques fabricados en España como sistema básico y

prácticamente propio a seguir. También asigna determinados tipos de servicio a los buques de la propia bandera y a lo largo del tiempo la concesión de crédito a la construcción naval está lógicamente dirigida a los buques de Pabellón español, tanto en la obtención de primas, como de otros tipos de ayudas.

El artículo 60 del RD posibilita en este sentido, la utilización provisional por un buque nacional —arrendado— de un Pabellón extranjero, de forma condicionada para el caso en que España entre en guerra, supuesto en el cual el buque recobrará el Pabellón español.

— **punto aéreo;**

**Teniente Auditor**  
**Manuel Zafra Riascos**

De conformidad con el principio recogido en el Convenio de Chicago de 1944, de libertad de acción de cada Estado, en los casos de estado de guerra y situaciones de emergencia, corresponde aplicar las normas internas previstas para tales eventualidades, como son en nuestro país las Leyes Orgánicas relativas a los criterios fundamentales de la Defensa Nacional, (6/80 y 1/84) complementadas por la Ley 50/69 sobre Movilización Nacional, a las Autoridades militares correspondientes, en los casos atribuidos a su competencia y en concreto al Ejército del Aire la salvaguarda de la soberanía nacional del espacio aéreo español y la consecución de la superioridad aérea en la zona de conflicto, tan necesaria para el desarrollo último de la guerra; también son de destacar las normas sobre requisas, incautaciones y movilización contenidas en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, que permiten incluso la movilización de empresas españolas de transporte aéreo y la militarización del personal aeronáutico necesario, otorgándole la consideración militar pertinente.

En circunstancias excepcionales y en concreto en los conflictos armados, está prevista por las normas que definen los criterios básicos de la Defensa Nacional ya mencionadas, la adscripción de todos los medios y recursos humanos y materiales al servicio de la defensa, de donde se puede colegir fácilmente la disposición permanente para tal fin, de todas las aeronaves civiles, que en un momento determinado puedan servir de apoyo logístico a las operaciones militares.

Por otra parte, para conseguir la máxima rapidez en la ejecución de los planes operativos de interés para la defensa nacional, compete a las Comandancias Militares Aéreas la función esencial de coadyuvar al desarrollo de las operaciones militares aéreas en permanente coordinación con las Autoridades civiles competentes.

## — alimentos;

**Capitán Auditor**  
**José F. Jiménez Vara**

La política alimentaria ha de tener por finalidad el procurar disponer en cantidad y calidad de los alimentos, que permitan garantizar un adecuado suministro a la población y mejorar el nivel de competitividad de nuestros productos en los mercados internacionales.

Se hace preciso para ello la realización de campañas de información y de promoción del consumo de productos de los que somos excedentarios o de aquéllos cuya utilización debe ser racionalizada, a fin de conseguir un equilibrio de los recursos agroalimentarios, teniendo presentes las necesidades de una alimentación adecuada.

Asimismo, es preciso desarrollar una política de stocks estratégicos para una serie de productos básicos, cuya finalidad será garantizar el abastecimiento a la población.

En un mundo de economía social de mercado, los países utilizan los denominados stocks o reservas, dentro de los cuales podemos distinguir los stocks o reservas de abastecimiento, los stocks o reservas de regulación y los stocks o reservas estratégicas.

Los stocks de abastecimiento son de aquellos productos que no son motivo de conflictos, porque las fuerzas económicas que actúan se hallan en una buena situación y por tanto la producción y la comercialización están en equilibrio, siendo las alteraciones coyunturales y externas a los propios procesos. Más importantes son los stocks de regulación, formados por productos motivo de determinados conflictos económicos, políticos y sociales y que se regulan a través de sus precios, bien directamente o indirectamente fijando precios de determinados «inputs», como energía o fertilizantes.

Antes de ingresar en la CEE era el FORPPA, el que mediante la utilización de estas dos clases de stocks o reservas, regulaba el mercado comprando productos si los precios bajaban y al contrario. Pero al ingresar en la CEE, el FORPPA pierde, entre otras cosas, esta atribución, que pasa al Fondo Europeo de Garantía Agrícola (FEOGA GARANTIA), y además, por el artículo 86 del Acta de Adesión, España debe eliminar, bajo su responsabilidad financiera, los stocks de productos agrícolas existentes en el país en el momento de la adhesión y que superen el nivel normal de enlace entre compañías.

Queda, pues, como competencia exclusiva de la CEE a través del FEOGA Garantía, la regulación de los mercados, mediante la intervención de compra-venta en los mismos.

Estas Disposiciones del Derecho Comunitario, ¿impedirían la intervención de las Autoridades Agrarias españolas en el mercado agrícola, en situaciones de crisis, tensión interna o internacional, o incluso en caso de conflicto bélico?

Evidentemente no. La prolija regulación del Derecho Comunitario originario ha previsto la intervención reguladora de las Autoridades nacionales en sus mercados en esos supuestos de hecho, si bien a fin de evitar en lo posible distorsiones en el funcionamiento del Mercado Común, se establece la necesidad de consulta entre los Estados miembros. En concreto, los artículos 224 y 225 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea preceptúan:

Artículo 224: «Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del Mercado Común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro puede verse obligado a adoptar en caso de guerra o grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.»

Artículo 225: «Si algunas de las medidas adoptadas en los casos previstos en los artículos 223 y 224 tuvieren por efecto falsear las condiciones de competencia en el Mercado Común, la Comisión examinará con el Estado interesado las condiciones con arreglo a las cuales dichas medidas podrán adaptarse a las normas establecidas en el presente Tratado. No obstante el procedimiento previsto en los artículos 169 y 170, la Comisión o cualquier Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en los artículos 223 y 224. El Tribunal de Justicia resolverá a puerta cerrada.»

Reconocida pues las posibilidades de cada nación de adoptar medidas en caso de crisis o tensión en el mercado agroalimentario, el instrumento adecuado para la regulación del mismo, con objeto de satisfacer estas necesidades, es el de los sistemas de stocks o reservas estratégicas.

Estos stocks o reservas estratégicas, para crisis anormales como catástrofes naturales, guerras o conflictos bélicos, etc., tienen por objeto cubrir las necesidades más perentorias en el menor tiempo posible, stocks que se logran por la concienciación ciudadana, para que disponga en el propio hogar de un

almacén de productos necesarios para solventar la crisis y poder ayudar a las zonas más afectadas. Tal fue la actitud adoptada por Suiza en la Ley de stocks estratégicos a partir del 12 de diciembre de 1983, desarrollando una fuerte campaña de información para sensibilizar a la opinión pública.

En España, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, el CESEDEN del Ministerio de Defensa, y la Dirección General de Protección Civil del Ministerio del Interior, elaborarán un proyecto similar que, además, tendría el efecto subsidiario de absorber excedentes. Las bases para establecer las reservas estratégicas son similares a las de Suiza:

- Almacenar en casa del consumidor un máximo de productos alimenticios de conservación prolongada, que presentan un valor nutritivo relativamente alto para que, en caso necesario, cada persona puede aportar los rendimientos a una situación brusca de desabastecimiento.
- Reservas base por persona, por ejemplo: 2 kg. de azúcar, 2 kg. de arroz y/o postres y 2 kg. de aceite y/o grasas.
- Reservas complementarias de la mayor variedad posible y comprendiendo todo tipo de productos o base de alimentos ricos en proteínas y también en hidrocarbonados, más bebidas y varios.
- No deberán conservarse más de 12 meses, excepto que lo admitan.
- Deberán estar en condiciones de que puedan llegar lo antes posible al lugar en que sean precisos.
- El planteamiento de acumular en grandes almacenes en lugares estratégicos supone dos problemas: la renovación y la disposición de locales, tanto públicos como privados, y el coste para el Estado sería muy alto.

— **agua;**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

No existe en nuestro Ordenamiento Jurídico disposición alguna que específicamente prevea el empleo que deba darse a los recursos acuíferos, como recurso no propiamente militar empleado en apoyo de la defensa nacional.

Conforme al artículo 149.1.22 de la Constitución española es competencia exclusiva del Estado «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...». En el ejercicio de esa competencia se promulga la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que vino a derogar la antigua ley de 13 de junio de 1879.

Si bien dicha Ley, ni ninguna reguladora de los recursos hídricos, establece previsión alguna sobre el aprovechamiento de dichos recursos por las Fuerzas Armadas, el artículo 56 de la misma otorga al Gobierno de la Nación competencia para la adopción de medidas extraordinarias sobre los recursos acuíferos, cuando circunstancias excepcionales aconsejaron el establecimiento de las mismas.

El artículo 56 de la Ley 29/85, de Aguas, establece en concreto que. «En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de coníferos, o en similares estados de necesidad, urgencia, o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiera sido objeto de concesión.» Dicho artículo, no obstante, para ser considerado como constitucional ha de ser interpretado conforme a lo establecido en el Fundamento Jurídico 23, letra h) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, a fin de que el Gobierno en el ejercicio de las facultades que le apodera el artículo 56, no prive a las Comunidades Autónomas de sus competencias sobre los aprovechamientos de las aguas que discurren íntegramente por su territorio.

En resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional viene a señalar que corresponderá al Gobierno aprobar las referidas medidas extraordinarias cuando afecte la situación de emergencia a cuencas intercomunitarias, o las medidas a adoptar afecten de manera conjunta o interdependiente a esas cuencas hidrográficas. En cambio, si la situación de necesidad o de emergencia no excediere de los límites de las aguas intercomunitarias, la competencia para adoptar las medidas tendentes a superarlas corresponde a los Organos de la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 148.1.10 de la Constitución sobre los aprovechamientos hidráulicos de interés de la Comunidad Autónoma.

— **energía;**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

En el contrato de las Fuerzas Armadas con Campsa, firmado por los diferentes Cuarteles Generales para el suministro de fueles a los distintos Ejércitos, se prevén cláusulas específicas en las que, se indique que en situación

de conflicto, se atenderán preferentemente suministros para las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, en el año 1987 se firmó un contrato entre el Ministerio de Defensa y Campsa en virtud del cual se cedió mediante concesión durante un período de 99 años el uso del oleoducto ROTA-ZARAGOZA a la mencionada compañía petrolífera, que a cambio se comprometió a utilizar en caso de conflicto o situación de tensión dicho oleoducto preferentemente para satisfacer las necesidades de las Fuerzas Armadas.

— **reconstrucción y reparaciones;**

**Capitán Auditor  
José F. Jiménez Vara**

No existe previsión alguna en nuestra legislación, si bien no habría dificultad, en englobar dentro de la política general de Defensa Civil algún tipo de normativa que incentivare dicho apoyo a las Fuerzas Armadas, pudiendo en última instancia procederse a la movilización de las empresas del ramo, a fin de que éstas atendieren a las necesidades perentorias de las Fuerzas Armadas.

*2.2.5. ¿Hay necesidad de cambiar la actual legislación en el supuesto de integración futura en alguna organización regional?*

Desde el punto de vista estrictamente jurídico no existe tal necesidad.

*2.2.6. ¿Cuál sería el papel del control militar aéreo en el supuesto de un control de tráfico aéreo civil integrado?*

**Coroneles Auditores  
Martín Bravo Navarro  
Javier Aparicio Gallego  
Teniente Auditor  
Manuel Zafra Riascos**

Según ya se ha expuesto, en tiempos de guerra el control de tráfico aéreo será actuado por el Ejército del Aire. La puesta a disposición de los intereses de la defensa de la totalidad de los medios materiales y humanos de la nación, cuya movilización podrá ser acordada por el Gobierno

a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 6/80, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional, supone la posibilidad de que los servicios civiles de control aéreo, en tal caso, sean incorporados a los medios de control propios del Ejército del Aire para apoyar y complementar las capacidades de éstos. Debe subrayarse que la coordinación de los recursos de la nación necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa, está prevista en el artículo 15.1 de la misma Ley de Criterios Básicos de la Defensa Nacional, destacándose en su artículo 15.2, que tal coordinación comprenderá cuanto se relacione con la defensa nacional, señalándose los sectores de especial transcendencia a dicho fin, entre los que se citan de forma expresa, las vías de comunicación y los transportes de tierra, mar y aire.

De conformidad con lo previsto en la Ley 50/69, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, la movilización podrá afectar tanto al personal como a los medios o bienes afectados al control del tráfico aéreo. El personal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9º de la Ley 50/69, podrá ser movilizado, en cuya situación quedará encuadrado en las Fuerzas Armadas, e integrado en Unidades militares, o militarizado, y en tal caso el personal civil quedará equiparado a las categorías militares que correspondan, pero sin integrarse en las Unidades de los Ejércitos. En cuanto a los medios del control del tráfico aéreo, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley Básica de Movilización, y por tratarse de elementos de servicios de carácter público, podrán ser movilizados o militarizados; en el primer caso quedarán bajo dirección y administración militares, y funcionando como establecimientos de esta naturaleza y su personal militarizado; en el supuesto de militarización, conservarán su dirección y administración propias, aun cuando se utilicen para la prestación de servicios de interés a los fines de la defensa, y su personal quedará también militarizado.

En tiempo de guerra, y dada la finalidad fundamental de atender a las necesidades de la defensa nacional, definida en el artículo 2º de la Ley Orgánica 6/80, como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión, los medios de control aéreo civiles movilizados o militarizados serán coordinados por el Ejército del Aire, al que el artículo 31.1 de la misma Ley, declara responsable principal de la defensa aérea del territorio y de ejercer el control del espacio aéreo de soberanía nacional, atribuyéndole como misión específica el desarrollo de la estrategia conjunta en el ámbito determinado por sus medios y formas propias de acción.

Las situaciones de crisis quedan acogidas en el concepto genérico de situaciones excepcionales, a que se refiere el artículo 1º de la Ley 50/69, de 26 de abril, Básica de Movilización, y en ellas, los diferentes órganos de movilización podrán acordar las movilizaciones y militarizaciones del personal adscritos a los servicios de control del tráfico aéreo civiles y de sus medios materiales cuando fueran necesarios. Debe puntualizarse que la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, prevé en su artículo 19 que, alcanzado el estado de excepción, en el que el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo, y una vez obtenida por el Gobierno la Autorización del Congreso de los Diputados para declarar dicho estado de excepción, la autoridad gubernativa podrá intervenir y controlar toda clase de transportes, y, en consecuencia, también podrá hacerlo con los medios de control del tráfico aéreo.

Sin embargo, esta intervención no conllevará necesariamente que el control del tráfico sea asumido por el Ejército del Aire, sino que podrá plantearse como actuación potencial en virtud de las competencias que al Gobierno queden atribuidas por el artículo 2º.1. del Real Decreto Ley 12/78, de 27 de abril, al que nos referíamos en el apartado 1.1.1., si bien las circunstancias de referencia podrán ser evaluadas por el Gobierno en el sentido de aconsejar o no que el control del tráfico aéreo sea ejercido en tal supuesto por el Ejército del Aire.

Como resumen de lo expuesto en este apartado, podemos decir que, en los casos de tiempo de guerra, el Ejército del Aire asumirá el control de la circulación aérea general sobre todo el espacio aéreo nacional, y los servicios civiles de control de tráfico aéreo podrán ser movilizados, y en tal caso integrados en las Unidades militares de control, o militarizados, y, en este supuesto, mantendrán su condición, dirección y administración civiles, aun cuando presten servicio a los fines generales de la defensa; en todo caso actuarán como elementos colaboradores de los medios propios del Ejército del Aire y coordinados por él. En cambio, en las situaciones de crisis en tiempo de paz, éstas serán evaluadas por el Gobierno para establecer si el control del tráfico aéreo, en su totalidad o en parte, ha de efectuarse por el Ejército del Aire, con las consecuencias posibles de movilización o militarización de los servicios civiles, o si, por el contrario, el servicio de control del tráfico aéreo se mantiene en las mismas circunstancias que en los tiempos de paz en situaciones normales.

2.2.7. *¿Qué posibilidad de éxito tendrían las modificaciones propuestas, teniendo en cuenta:*

- **las condiciones políticas actuales;**
- **las posibilidades económicas y financieras;**
- **las tendencias en la opinión pública;**

Por el contenido estrictamente jurídico de su actividad y por coherencia, también, con lo indicado en la contestación al punto 2.2.5, este Grupo Español no propone modificaciones legislativas.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

## EL INVIFAS: SU REGULACION JURIDICA

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ  
FERNÁNDEZ  
*Teniente Coronel Auditor,  
Asesor Jurídico del INVIFAS*

### I. ANTECEDENTES

Por Real Decreto nº 1751/90, de 20 de diciembre, se crea, con la finalidad de atender a la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS), y se suprimen el Patronato de Casas Militares del Ejército de Tierra, el Patronato de Casas de la Armada y el Patronato de Casas del Ejército del Aire. Las indicadas supresiones, y como inicio del presente estudio, obligan a hacer una pequeña referencia de los antiguos Patronatos de Casas.

El Patronato de Casas Militares, creado por Real Decreto de 25 de febrero de 1928, fue reorganizado por Ley nº 84/1963, de 8 de julio, que lo configuraba como un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio del Ejército, con plena personalidad jurídica para el cumplimiento de su fines. Tales eran (y conviene recordarlos porque ellos vienen, a veces, a dar la pauta para

la solución de determinados problemas jurídicos), según su artículo 2, los siguientes:

a) La promoción, construcción, adquisición, adjudicación, entretenimiento y administración de viviendas para su cesión en régimen de arrendamiento especial al personal que cita.

b) La promoción, construcción, adquisición, adjudicación y administración en su caso, de viviendas con acceso a la propiedad del personal indicado.

c) La promoción, construcción, adquisición, adjudicación y administración, así como su entretenimiento, de las Residencias de Plaza para el mismo personal citado que sean precisas.

d) Cuantas actividades conduzcan a proporcionar vivienda a dicho personal, por los procedimientos y en las condiciones que en cada caso y momento permita la legislación aplicable.

Por Decreto nº 2.943/75, de 31 de octubre, se aprobó el Reglamento Orgánico del Patronato, continuando rigiéndose el régimen de adjudicación de los pabellones y Casas Militares por la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1942.

El Patronato de Casas de la Armada, creado por Ley de 17 de marzo de

1945, fue reorganizado por Ley n° 12/60, de 12 de mayo, atribuyéndole similares fines a los del Patronato de Casas Militares. Su reglamento de adjudicación y uso de viviendas en arrendamiento era el aprobado por Orden Ministerial n° 193/73, de 13 de marzo.

El Patronato de Casas del Aire, creado por Ley de 17 de julio de 1946, fue igualmente reorganizado, y con iguales fines, por Ley n° 110/66, de 28 de diciembre. El Reglamento para régimen y adjudicación era el aprobado por Orden Ministerial de 15 de agosto de 1949.

El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas surge, como ya ha quedado expresado, con un fin distinto al de los antiguos Patronatos, el de atender a la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo, pero al mismo tiempo es «heredero» de los mismos, como se deduce del hecho de que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1751/90, cite la Disposición Final Séptima de la Ley de Presupuestos de 1990, que autorizaba al Gobierno a modificar el régimen de calificación de las viviendas pertenecientes «al Organismo Autónomo resultante de la refundición del Patronato de Casas Militares, del Patronato de Casas de la Armada y del Patronato de Casas del Ejército del Aire, cuando dicha refundición se lleve a cabo». Tal Disposición permite concluir que se ha producido una subrogación en todos los derechos y obligaciones de los antiguos Patronatos; muestra de esta pervivencia ofrece la Disposición Adicional Primera, 2, de el Real Decreto, según la cual el INVIFAS podrá proseguir, con carácter transitorio,

las actuaciones que los extinguidos Patronatos vinieren desempeñando.

## II. NATURALEZA JURIDICA DEL INVIFAS

El artículo 3 del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, como Organismo autónomo de carácter comercial a los efectos previstos en el art. 4.1.b) del Real Decreto Legislativo n° 1091/88, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Es de significar, en primer término, que la calificación del INVIFAS como Organismo autónomo de carácter comercial no significa que su actuación se desenvuelva, preferentemente, en el ámbito del Derecho Privado, sino que, como todos los Organismos autónomos, el INVIFAS está sometido al Derecho Público, con algunas excepciones que tendremos ocasión de exponer cuando hablemos del sistema normativo aplicable. La calificación del Ente como Organismo de carácter comercial lo es a los efectos de la Ley General Presupuestaria, que concede a estos Organismos un régimen presupuestario dotado de determinadas peculiaridades, entre las que se pueden destacar:

—Exigencia de un presupuesto de explotación y capital (artículo 83.2 de la Ley General Presupuestaria).

—Exigencia de una Memoria explicativa de la labor a realizar y de los ob-

jetivos a alcanzar en el ejercicio (artículo 83.5 de la Ley General Presupuestaria).

—Por lo que se refiere al control financiero de sus gastos, éstos están sometidos a la correspondiente intervención, pero esta forma de control financiero sólo es aplicable a las dotaciones de su presupuesto de explotación y capital que tengan carácter limitativo o ampliable (artículo 100 a) de la Ley General Presupuestaria). Las restantes operaciones serán objeto de auditorías periódicas, que sustituyen a la intervención previa (artículo 100 b) de la Ley General Presupuestaria).

El INVIFAS ostenta plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, como declara el artículo 3 del Real Decreto 1751/90, de acuerdo con el art. 2 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958. Tal personalidad, independiente de la del Estado, no significa, sin embargo, que el Organismo pierda su vinculación con él. Es reiterada la jurisprudencia que declara que los Organismos Autónomos siguen formando parte de la Administración, habiendo llegado a declarar, y refiriéndose a un Patronato de Casas Civiles, que «si bien está dotado de personalidad jurídica plena y autonomía económica y administrativa... no se trata de personas independientes del Estado, sino incardinadas en él, a través del mecanismo jurídico de la tutela... no debiendo olvidarse que a diferencia del principio de jerarquía en la organización administrativa la tutela se realiza entre entes y sujetos jurídicos diferentes» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1981).

Se comprenderá más fácilmente esta afirmación cuando, a continuación, se analicen los Organos del INVIFAS.

### III. LOS ORGANOS

Según el artículo 2º del Real Decreto 1751/90, corresponde al Secretario de Estado de Administración Militar la definición, dirección y gestión de la política de viviendas, para cuya consecución contará con los Organismos que se crean en el Real Decreto. De él depende, y según el artículo 3º, el INVIFAS, a través de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Los Organos Rectores del Instituto son el Consejo Rector, que puede funcionar en Pleno, presidido por el Ministro de Defensa o, en su ausencia, por el Secretario de Estado de Administración Militar, y en Comisión Permanente, presidida por el Director General de Personal; y el Gerente.

Sin ánimo de enumerar todas las facultades de los indicados Organos, detalladas en los artículos 9 y 11 del Real Decreto, puede concretarse que al Consejo Rector corresponde establecer las normas para el gobierno, dirección y administración del Instituto, y al Gerente la dirección de la actuación ordinaria del mismo y la ejecución de los acuerdos del Consejo Rector.

### IV. LOS FINES Y ACTUACIONES DEL INSTITUTO

El fin del Instituto está expresado con toda claridad en el artículo 4º del

Real Decreto: atender a la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo, lo que realiza mediante la cesión de las denominadas «viviendas militares de apoyo logístico», integradas, según el artículo 6º, en el demanio afecto al Ministerio de Defensa. Alrededor de esta finalidad primordial giran todas las actuaciones fundamentales del Instituto:

—La propuesta de calificación de las viviendas como viviendas militares de apoyo logístico.

—La promoción, adquisición, construcción, administración y conservación de viviendas militares de apoyo logístico.

—La propuesta del canon de uso de las viviendas militares de apoyo logístico.

—La adquisición, urbanización y parcelación de terrenos con destino a la construcción de viviendas militares de apoyo logístico.

—La adquisición de viviendas edificadas por terceros para su calificación como viviendas militares de apoyo logístico.

Toda la actividad primordial del Instituto gira, pues, en torno al concepto de «vivienda de apoyo logístico», teniendo todas las demás actividades un carácter que bien podríamos denominar residual. Así:

—Las viviendas que el Instituto no califique como viviendas militares de apoyo logístico, podrán ser destinadas al uso por personal vinculado a las Fuer-

zas Armadas, en el marco de la política de acción social del Departamento (artículo 44).

—El patrimonio que el INVIFAS declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico, podrá ser realizado a través de la Oficina Liquidadora (Disposición Adicional Primera).

—El capítulo V del Real Decreto regula el fomento del acceso a la propiedad, encomendando al ISFAS la tarea de apoyar las acciones que permitan la constitución de asociaciones y cooperativas que ejecuten programas de construcción de viviendas en propiedad para personal militar profesional, cualquiera que sea su situación administrativa. Nada impide, sin embargo, que el INVIFAS, en ejercicio de la amplia facultad de enajenación que le confiere el artículo 5º-2 del Real Decreto 1751/90, pueda también cooperar, y aún cuando no sea su fin específico, a la constitución de las indicadas cooperativas y asociaciones.

## V. EL ORDENAMIENTO APLICABLE

Dejando al margen la discusión doctrinal acerca de si los Organismos Autónomos se rigen por un Derecho singular de carácter estatutario (que habría fundamentado la «huida» hacia el Decreto Privado), o si están sometidos al principio de unidad estatal, desde el punto de vista del Derecho Positivo, y a efectos de su régimen jurídico, suele distinguir la doctrina:

1. *Organismos autónomos sometidos a la Ley de Entidades Estatales Autónomas y a la Ley General Presupuestaria,*

*así como a sus normas de creación.* Es el caso, por lo que a la Administración Militar respecta, de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, según el artículo 1 de su Ley de creación, Ley n° 28/84, de 31 de julio.

2. *Organismos autónomos excluidos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, pero con una regulación jurídica pública.* Además de los expresados en el artículo 5 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, merece ser destacado el ISFAS, creado por Ley n° 28/75, de 27 de junio, cuyo artículo 5°-3 lo excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.

3. *Organismos autónomos sometidos al Derecho Privado.* Pueden citarse, a título de ejemplo, RENFE y FEVE.

El Real Decreto n° 1751/90, de 20 de diciembre, no cita la Ley de Entidades Estatales Autónomas, ni para someter a ella la actividad del Instituto, ni para excluir su aplicación. Ello no significa, a nuestro juicio, que no sea aplicable la indicada Ley. No obstante, no deja de ser ésta una cuestión más doctrinal que de otra índole, por cuanto que el Real Decreto 1751/90 no contradice ninguno de los preceptos que, de la indicada Ley, siguen en vigor después de las múltiples derogaciones realizadas por otras leyes generales.

Resumiendo, y por lo que al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas respecta, podríamos sentar el siguiente sistema de fuentes:

1°) La Ley General Presupuestaria, la Ley de Entidades Estatales Autónomas y el Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre.

2°) Con aplicabilidad inmediata, la leyes administrativas generales (Ley de Expropiación Forzosa, Ley del Patrimonio del Estado, Ley de Contratos del Estado, Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, etc.). Habrá que tener en cuenta, no obstante, que alguna de estas leyes (la Ley del Patrimonio del Estado y la Ley de Contratos del Estado) contienen disposiciones específicas para los Organismos Autónomos, a las que habrá que acudir en primer lugar, aplicando el resto como las primeras dispongan.

3°) Existe, finalmente, un ámbito de actuación del INVIFAS sometido al Derecho Privado. El artículo 5°-2 del Real Decreto 1751/90 dispone que el Instituto podrá enajenar, gravar y arrendar locales, edificios y terrenos tanto a Entidades públicas como a particulares. Excluyendo de estos actos las cesiones de uso de viviendas de apoyo logístico, de carácter netamente administrativo, es en estos actos de enajenación y gravamen donde más difícil resulta deslindar la frontera entre el Derecho Público y el Privado. Es, a la postre, el sentido jurídico del intérprete el que hará inclinar la balanza a uno u otro sector del Derecho, distinguiendo, incluso, entre la fase de preparación del acto y la de sus efectos, a veces claramente sometidos al Derecho Privado (arrendamiento de locales de negocio).

## VI. SUS BIENES

El artículo 14 del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, expresándose en similares términos a como lo hacían las diversas disposiciones reguladoras de los antiguos Patronatos de Casas Militares, determina:

«Constituirán los recursos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas los bienes y derechos que integran su patrimonio, las subvenciones que le fueran concedidas, los productos y rentas de su patrimonio y de los bienes que en su caso tengan adscritos, los ingresos generados por el ejercicio de sus actividades y cualesquiera otros que le sean atribuidos.»

Existe, por consiguiente, un concepto amplio de «recursos», y otro más estricto, de «su patrimonio», concepto este último cuyo contenido hay que extraer del resto del Ordenamiento Jurídico y por referencia, más bien, a su aspecto negativo, intentando delimitar lo que no es «su patrimonio».

La Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, regula en sus artículos 15 y siguientes «la hacienda de los Organismos Autónomos», determinando en su artículo 15-1º que su hacienda estará formada por los «bienes y valores que constituyen su patrimonio». No nos ofrece, por consiguiente, el concepto que buscamos.

La Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, en su artículo 84, declara que «los bienes inmuebles pro-

piEDAD de los Organismos Autónomos, integrados por ende en sus respectivos Patrimonios, que no sean necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, se incorporarán al Patrimonio del Estado». Podemos concluir, por consiguiente, que el patrimonio inmobiliario del INVIFAS está constituido por los bienes de su propiedad, cualquiera que fuera el título por el que los hubiera obtenido. Conclusión que hay que poner en relación con el artículo 80 de la misma Ley, a cuyo tenor los Organismos Autónomos a quienes se adscribieran bienes inmuebles del Patrimonio del Estado no adquirirán su propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines que determine la adscripción.

Ahora bien, ¿cuáles son los bienes inmuebles propiedad del INVIFAS, puesto que es evidente que él aún no ha adquirido ninguno?

La propiedad de los bienes inmuebles de los antiguos Patronatos de Casas Militares es atribuida al INVIFAS por el Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, como se deduce, implícitamente, de alguno de sus preceptos:

—La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto citado crea la Oficina Liquidadora, con la misión de ejercer cuantas acciones sean procedentes para realizar el patrimonio de los Organismos extinguidos que el INVIFAS declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico. De ello se deduce que el INVIFAS «ha heredado» todos los inmuebles de los Patronatos, salvo los que él mismo declare de no interés a efectos

de apoyo logístico, fin primordial del Instituto. La Disposición Final Séptima de la Ley de Presupuestos de 1990 autorizaba al Gobierno a modificar el régimen de calificación de las viviendas pertenecientes al «Organismo Autónomo resultante de la refundición del Patronato de Casas Militares, del Patronato de Casas de la Armada y del Patronato de Casas del Ejército del Aire, cuando dicha refundición se lleve a cabo». Tal Disposición, citada en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1751/90, permite concluir que se ha producido una subrogación en todos los derechos y obligaciones de los antiguos Patronatos.

Resulta necesario, en un segundo momento, excluir de los «recursos» heredados los bienes adscritos, no integrados por ende en el patrimonio de los extinguidos Patronatos. Para ello se hace preciso hacer un análisis de su legislación reguladora:

Las Leyes de 12 de mayo de 1960 y 8 de julio de 1963, que reorganizan los Patronatos de Marina y Tierra, respectivamente, declaran, paralelamente, que sus recursos estarán constituidos, entre otros, por las rentas de los inmuebles que les «sean cedidos en usufructo». La Ley de 28 de diciembre de 1966, que reorganiza el del Aire, más acorde con la Ley del Patrimonio del Estado (de 1964) ya habla de inmuebles que le sean «cedidos o adscritos para el cumplimiento de sus fines».

Con unas u otras palabras todos estos bienes participan de la misma naturaleza: son bienes del Patrimonio del Es-

tado (aunque a veces observamos incorrecciones técnicas, como la de hablar de bienes del Ministerio Militar, o del Ejército respectivo) adscritos al Organismo Autónomo para el cumplimiento de su fines y de los que el INVIFAS no puede disponer, sino sólo utilizar para el cumplimiento de sus fines, en la medida en que éstos sean coincidentes con los de los antiguos Patronatos.

Es preciso subrayar, finalmente, que aún producida la adscripción de los bienes, éstos no ven alterada su naturaleza jurídica por aplicación del artículo 10 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, a cuyo tenor «los bienes que el Estado adscriba a los Organismos Autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria». Esto es, si los bienes eran de dominio público (y lo son todos los procedentes de expropiación forzosa, por aplicación del art. 119 de la Ley del Patrimonio del Estado) seguirán siendo demaniales; si eran patrimoniales, conservarán esta naturaleza.

Pero si la adscripción no produce cambio alguno en la condición del bien jurídico asignado, tampoco lo produce en cuanto a la persona que ostenta su titularidad. Así se deduce con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y 80 de la Ley del Patrimonio del Estado, según los cuales los Organismos Autónomos que reciban los bienes no adquieren su propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de sus fines. De esta manera, los bienes adscritos por el Estado a los antiguos Patronatos continuarán siendo

propiedad del primero. Esto es lo que distingue la figura de la «adscripción» de la de la «cesión», que contempla la Ley del Patrimonio del Estado en sus artículos 74 a 79, declarando en el primero de ellos que «los bienes inmuebles del Patrimonio del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán cederse gratuitamente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, para fines de utilidad pública o interés social.

#### VII. LA CAPACIDAD PATRIMONIAL DEL INVIFAS

El artículo 5º del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, en su apartado 2, dispone:

«Igualmente, y sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda del presente Real Decreto, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá enajenar, gravar y arrendar locales, edificios y terrenos tanto a Entidades públicas como a particulares.»

La citada Disposición Adicional crea en la Dirección General de Personal la Oficina Liquidadora «para ejercer cuantas acciones sean procedentes para realizar el patrimonio de los Organismos extinguidos que el INVIFAS declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico». Los recursos obtenidos por la actuación de la Oficina Liquidadora —añade la Disposición Adicional Tercera— pasarán a formar parte del patrimonio del INVIFAS para el cumplimiento de sus fines.

Una primera aproximación interpretativa a ambas normas, y a la vista exclusivamente del Real Decreto 1751/90, nos llevaría a las siguientes conclusiones:

1. La Oficina Liquidadora es una simple Oficina de Gestión, sin capacidad patrimonial alguna, que ostenta el INVIFAS.

2. A pesar de ello, todas las acciones tendentes a realizar el patrimonio de los Patronatos han de efectuarse, precisamente, por la Oficina Liquidadora.

3. Consecuencia del punto anterior es que en un único acto, o al menos, en escaso período de tiempo, habría que hacer la declaración del patrimonio carente de interés a efectos de apoyo logístico, encomendándose a la Oficina su realización. Junto a ello, perviviría la capacidad general del INVIFAS, reconocida en el artículo 5º del Real Decreto, para el futuro, y respecto al patrimonio del INVIFAS no liquidado, esto es, que permanece «vivo».

La realidad va a imponer, sin embargo, seguramente, que no pueda hacerse con unidad de acto la declaración del patrimonio carente de interés a efectos de apoyo logístico, lo que, si siguiéramos el esquema apuntado, supondría neutralizar la capacidad del INVIFAS en un largo período de tiempo. Se hace precisa, por ello, la búsqueda de nuevos criterios delimitadores del respectivo ámbito de actuación del INVIFAS y de la Oficina Liquidadora.

Los artículos 84 y 85 de la Ley del Patrimonio del Estado determinan que los Organismos Autónomos sólo pueden enaje-

nar los bienes que hayan adquirido con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico, así como los adquiridos para garantizar la rentabilidad de las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de las disposiciones por que se rigen, debiendo, los demás que no sean necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, incorporándose al Patrimonio del Estado.

Junto a esta declaración general, y a su pesar, las antiguas Leyes reguladoras de los Patronatos (la del Aire, incluso posterior a la Ley del Patrimonio del Estado) otorgaban a éstos una amplia facultad de disposición sobre sus bienes inmuebles, lo que está en línea con algún sector de la doctrina, que califica a Organismos tales como los Patronatos de Casas de Funcionarios como «Organismos extravagantes», proponiendo que para sus bienes, de origen «social», no sean de aplicación las facultades consagradas en el artículo 84 de la Ley del Patrimonio del Estado en favor de éste (ARIÑO ORTIZ, G. «La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico», pág. 378-385).

Pues bien, el Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, que crea el INVIFAS, fruto de la refundición de los antiguos Patronatos, le otorga, en su artículo 5º-2, la misma capacidad patrimonial «sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional segunda». Vuelve a estar en el aire la pregunta:

¿Cuál es el respectivo ámbito de actuación del INVIFAS y de la Oficina Liquidadora?

Releamos la Disposición Adicional Segunda:

«Se crea en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa una Oficina Liquidadora, para ejercer cuantas acciones sean procedentes para realizar el patrimonio de los Organismos extinguidos que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico.»

Dos conclusiones pueden extraerse de este precepto:

a) La actuación de la Oficina se circunscribe al patrimonio de los Organismos extinguidos, no entendiéndose al que el INVIFAS, como tal, adquiera en el futuro. He aquí uno de los aspectos de la capacidad de este último.

b) Todo el patrimonio de los Organismos extinguidos que el INVIFAS declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico ha de ser realizado por la Oficina Liquidadora. Pero... ¿qué patrimonio debe declararse de no interés a efectos de apoyo logístico? Lo único que podemos hacer es aventurar un criterio:

Hacíamos anteriormente referencia a que el artículo 85 de la Ley del Patrimonio del Estado dispone que los Organismos Autónomos podrán enajenar los bienes que hayan adquirido con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico. Ni que decir tiene la dificultad que entraña entrar en cada caso en un juicio de intenciones. Nos es, por ello, útil la opinión de algún autor que considera que el supuesto que contempla el artículo 85 de la Ley

del Patrimonio del Estado puede ser hoy extendido a la totalidad de los Organismos Autónomos de carácter comercial, en la medida en que hayan sido creados con la finalidad de producir bienes o transformarlos («Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español: tipología y régimen jurídico», F. J. Jiménez de Cisneros Cid, pág. 266, nota 435). No se nos oculta que la aplicación de este principio al caso concreto del INVIFAS puede resultar un tanto simplista, pero sí nos sirve para sentar una conclusión «a sensu contrario»: los bienes que, habiendo finalizado su proceso de transformación, no han sido devueltos al tráfico jurídico, deberían, para su enajenación, declararse de no interés a efectos de apoyo logístico.

Ello nos conduce a otra conclusión: aquéllas enajenaciones en las que, además de allegar ingresos al Instituto, se pretendan otras finalidades, como el fomento del acceso a la propiedad, o se tengan en cuenta, en alguna medida, derechos/situaciones de hecho preexistentes, deberían realizarse a través de la Oficina Liquidadora.

Con ello, la actividad de la Oficina Liquidadora se centraría en lo que podríamos denominar el «patrimonio dinámico», mientras que el INVIFAS podría enajenar su «patrimonio dinámico», como una manifestación más de su actividad comercial, afectada teológicamente al cumplimiento de sus fines.

#### VIII. PROCEDIMIENTO DE ENAJENACION POR LA OFICINA LIQUIDADORA

El Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, al igual que el Real Decreto 2618/85, de 27 de diciembre, relativo a los Patronatos Civiles, no desarrolla el procedimiento de enajenación por la Oficina Liquidadora. Uno de los posibles caminos para el desarrollo de dicho procedimiento sería que se dicte una Orden Ministerial como, para los Patronatos Civiles, se dictó la Orden Ministerial de 19 de febrero de 1987, que instauró el sistema de concurso público, a través del procedimiento establecido en la propia Orden. En su artículo 6 establece un orden de prelación para la adjudicación de las viviendas, entre los diversos colectivos de personal al servicio de la Administración Pública, lo que ofrece un valioso antecedente para la regulación de la enajenación de las viviendas de los extinguidos Patronatos de Casas Militares que se declaren de no interés a efectos de apoyo logístico. Finalmente, en la Orden que, en su caso, promulgue el Ministerio de Defensa, podría incluirse su precepto, como hizo la Orden Ministerial de 19 de febrero de 1987, que autorizara a la adjudicación de solares a colectivos de militares para su promoción por los mismos en régimen de Cooperativas o Comunidades, en las condiciones que se establezcan.

## MINISTERIO DE RELACIONES CON LAS CORTES Y DE LA SECRETARÍA DEL GOBIERNO

1744

*REAL DECRETO 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, se suprimen el Patronato de Casas Militares del Ejército de Tierra, el Patronato de Casas de la Armada y el Patronato de Casas del Ejército del Aire y se dictan normas en materia de viviendas militares.*

El ejercicio de la función militar presenta, como una de sus características y exigencias más relevantes, la de la movilidad de sus integrantes a lo largo de toda su carrera. Con ella, se contribuye a la mejor capacitación profesional del militar y, por ende, a la mayor operatividad de las distintas Unidades de las Fuerzas Armadas.

Esta percepción se encontraba ya en la base del Real Decreto de 25 de febrero de 1928 por el que se creó un Patronato de Casas Militares para atender a la «contingencia de que el personal militar no encontrase alojamiento o sólo lo encontrase inadecuado y lejano en relación a exigencias del vigilante servicio militar.»

El análisis de la evolución experimentada desde entonces en el despliegue y funciones de las Fuerzas Armadas permite vincular en nuestros días la política de viviendas a desa-

rollar por el Ministerio de Defensa con las necesidades de apoyo logístico a las distintas Unidades, Centros y Organismos.

Contribuyendo a asegurar ese vínculo, la política de personal del Departamento debe tener, entre otros objetivos, el de cubrir las necesidades de vivienda del personal militar en servicio activo derivadas de su movilidad geográfica y atendiendo a razones de operatividad de los Ejércitos.

Para la consecución de ese objetivo, la disposición final séptima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, autoriza al Ministerio de Defensa a modificar el régimen de calificación de las viviendas pertenecientes al Organismo autónomo resultante de la refundición del Patronato de Casas Militares, del Patronato de Casas de la Armada y del Patronato de Casas del Ejército del Aire, cuando dicha refundición se lleve a cabo.

El nuevo diseño de la política de viviendas se estructura sobre una nueva organización administrativa, bajo la dependencia de la Secretaría de Estado de Administración Militar, con la creación del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS); y busca satisfacer el ambicioso objetivo que se plantea combinando la oferta de vivienda con un sistema indemnizatorio subsidiario.

No obstante, la situación de hecho del patrimonio de los Patronatos de Casas Militares obliga a adoptar unas medidas transitorias con las que se conjugue la consecución del objetivo diseñado con el menor coste posible para aquellos que resulten afectados por la aplicación de las medidas contenidas en este Real Decreto. Los condicionantes presupuestarios obligan, asimismo, a una aplicación gradual y progresiva de los efectos contenidos en esta norma.

Estos condicionantes, unidos a las necesidades del planeamiento de la defensa militar, se han tenido en cuenta a fin de fijar los plazos para la aplicación de dichas medidas, estableciendo un todo coherente.

Como medidas complementarias de esta política se abren cauces que faciliten el acceso a la adquisición de vivienda en propiedad para que el personal militar, al término de su período de actividad, tenga cubiertas sus necesidades de vivienda al obviar las dificultades que para su adquisición provoca su movilidad.

En su virtud, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa, de Economía y Hacienda y para las Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 20 de diciembre de 1990.

**DISPONGO:**

## **CAPITULO PRIMERO**

### **Disposiciones generales**

Artículo 1.º Para contribuir a la operatividad de las Fuerzas Armadas

y facilitar la movilidad geográfica de sus integrantes, el Ministerio de Defensa, de acuerdo con las necesidades del planeamiento de la defensa militar, adoptará las medidas oportunas para cubrir las necesidades de vivienda de los miembros de las Fuerzas Armadas derivadas de su movilidad; para reconocer, en su defecto, compensaciones económicas de carácter susututorio y para fomentar el acceso de los miembros de las Fuerzas Armadas a la propiedad de viviendas.

Art. 2.º 1. Corresponde al Secretario de Estado de Administración Militar la definición, dirección y gestión de la política de viviendas para los miembros de las Fuerzas Armadas.

2. Para la consecución de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Secretaría de Estado de Administración Militar contará con los Organismos que se crean en el presente Real Decreto y coordinará las actuaciones que resulten necesarias de los distintos Centros directivos del Departamento y del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

3. El Secretario de Estado de Administración Militar podrá delegar en el Director general de Personal del Departamento las funciones que se le atribuyen en los números anteriores.

4. La actuación en materia de viviendas militares estará subordinada a la política de personal y se elaborará teniendo en cuenta la evolución de las plantillas y el despliegue de las Unidades.

## CAPITULO II

### **Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas**

Art. 3.º 1. De conformidad con lo previsto en el artículo 80 y en la disposición final séptima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS), Organismo autónomo de carácter comercial a los efectos previstos en el artículo 4.1, b), del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y con la estructura y funciones señaladas en los artículos siguientes.

2. El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, adscrito al Ministerio de Defensa, dependerá de la Secretaría de Estado de Administración Militar, a través de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Art. 4.º El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas tiene por finalidad la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo en los términos previstos en el presente Real Decreto y sus disposiciones de desarrollo.

Art. 5.º 1. Para la consecución de sus fines, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

a) La propuesta de calificación de viviendas militares como viviendas militares de apoyo logístico y la de su descalificación.

b) La promoción, adquisición, construcción, administración y conservación de viviendas militares de apoyo logístico.

c) La propuesta para la fijación de la cuantía anual de los cánones correspondientes al uso de viviendas militares de apoyo logístico.

d) La adquisición, urbanización y parcelación de terrenos con destino a la construcción de viviendas militares de apoyo logístico.

e) La adquisición de viviendas edificadas por terceros para su calificación como viviendas militares de apoyo logístico y su posterior cesión de uso.

f) La contratación y ejecución directa de obras y servicios de acuerdo con la legislación vigente.

g) Cuantas actuaciones sirvan a la mejor gestión y cumplimiento de los fines del Instituto.

2. Igualmente, y sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá enajenar, gravar y arrendar locales, edificios y terrenos tanto a Entidades públicas como a particulares.

Art. 6.º A los efectos de este Real Decreto se entenderá por viviendas militares de apoyo logístico, integradas en el demanio afecto al Ministerio de De-

fensa, aquellas cuyo uso, en razón de la movilidad geográfica que caracteriza a la función militar, se cede, a título oneroso y en la localidad de su destino, al personal militar de carrera en situación de servicio activo.

Art. 7.º Los Organos Rectores del Instituto serán el Consejo Rector y el Gerente.

Art. 8.º 1. El Consejo Rector del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas lo preside el Ministro de Defensa, y, en su ausencia, el Secretario de Estado de Administración Militar, que será el Vicepresidente, y forman parte de él como Vocales los Directores generales de Personal, Infraestructura y Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa; el Interventor general de la Defensa; el Asesor Jurídico general de la Defensa; el Gerente del Instituto Social de las Fuerzas Armadas; los Jefes de los Mandos o Jefaturas de Personal de los tres Ejércitos; el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y un Director general por cada uno de los Ministerios de Economía y Hacienda, de Obras Públicas y Urbanismo y para las Administraciones Públicas.

2. El Consejo Rector actuará en Pleno, que se reunirá al menos una vez al año, y en Comisión Permanente. Esta será presidida por el Director general de Personal del Ministerio de Defensa y formarán parte de la misma el Director general de Infraestructura del Ministerio de Defensa, el Interventor general de la Defensa, el Asesor Jurídico general de la Defensa, el Gerente del Instituto

Social de las Fuerzas Armadas, los Jefes de los Mandos o Jefaturas de Personal de los Ejércitos y el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

3. Tanto el Pleno como la Comisión Permanente adoptarán sus acuerdos de conformidad con lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Art. 9.º 1. Son facultades del Consejo Rector:

a) Establecer las normas para el gobierno, dirección y administración del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

b) Acordar el ejercicio de las acciones judiciales necesarias para la consecución de sus fines y mantener relaciones con Autoridades o particulares a esos mismos efectos.

c) Proponer al Ministro de Defensa la fijación del importe del canon correspondiente a la cesión de uso de las viviendas militares de apoyo logístico.

d) Proponer al Ministro de Defensa los programas de adquisición o construcción de viviendas militares de apoyo logístico.

e) Aprobar las cuentas y balances, así como la Memoria y el anteproyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

f) Proponer al Ministro de Defensa el Plan Anual de objetivos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

g) Efectuar el seguimiento y control de las actuaciones del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

h) Cualesquiera otras necesarias para la consecución de sus fines.

2. Las competencias señaladas en los apartados d), e) y f) del apartado anterior se ejercerán, en todo caso, por el Pleno del Consejo Rector.

Art. 10. El Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, que tendrá rango de Director general, será nombrado por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Defensa, y será el responsable de la gestión del Instituto.

Art. 11. Son funciones del Gerente:

a) Dirigir la actuación ordinaria del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

b) Ejecutar los acuerdos del Consejo Rector y las órdenes o instrucciones que puedan dictar el Ministro de Defensa y el Secretario de Estado de Administración Militar.

c) Administrar los recursos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y rendir cuenta de la gestión.

d) Presentar al Consejo Rector el anteproyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos, así como la Memoria del ejercicio y balance final.

e) Planificar y programar las adquisiciones de solares y viviendas y las construcciones para someterlas al Consejo Rector.

f) Celebrar contratos, aprobar gastos y ordenar pagos en nombre del Organismo, dentro del ámbito de su competencia, y previa consignación presupuestaria para este fin.

g) Tramitar los expedientes de construcción aprobados por el Consejo, gestionando los medios financieros, así como suscribir las escrituras que se deriven de dichos expedientes.

h) Reclamar y cobrar cuantas cantidades o créditos se adeuden al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y deba éste percibir de los Organismos del Ministerio de Economía y Hacienda, Caja General de Depósitos, Entidades de crédito o de quien proceda, y exigir el cumplimiento de cualquier obligación contraída a favor del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

i) Presentar, para informe, a la Comisión Permanente del Consejo Rector la propuesta de calificación de viviendas militares como viviendas militares de apoyo logístico y la de su descalificación. Una vez informada elevarla al Secretario de Estado de Administración Militar para la aprobación por éste.

j) Adjudicar las viviendas y locales, en la forma prevista en el presente Real Decreto, y otorgar los correspondientes documentos.

k) Inspeccionar las obras de construcción, adoptando o proponiendo al Consejo las medidas que estime convenientes.

l) Autorizar la ejecución de obras en viviendas, inspeccionar el estado de

conservación y uso que se hace de las viviendas, locales y demás edificaciones.

m) Ostentar la Jefatura del personal del Instituto sin perjuicio de las competencias que en esta materia correspondan, de acuerdo con la legislación vigente, a otras Autoridades u Organismos.

n) Informar en los recursos de toda clase que se interpongan contra el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, pudiendo recabar, para ello, los asesoramientos que estime oportunos.

ñ) Conocer, resolver y ejecutar cuantos asuntos no estén expresamente atribuidos al Consejo Rector y afecten tanto al buen gobierno y administración del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas como al ejercicio de las funciones que tiene asignadas.

Art. 12. Para su funcionamiento y organización, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas contará con los siguientes órganos dependientes del Gerente: Secretaría General, Subdirección Económico-Financiera y Subdirección de Gestión.

Los titulares de estas tres unidades, con nivel orgánico de Subdirector general, serán nombrados por el Ministro de Defensa de acuerdo con la legislación vigente.

Art. 13. Para facilitar y agilizar la gestión del Instituto, se podrán crear delegaciones del mismo en aquellas provincias en las que las circunstancias así lo aconsejen. En la disposición de crea-

ción se especificarán las competencias que, por delegación del Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, les correspondan.

Art. 14. Constituirán los recursos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas los bienes y derechos que integran su patrimonio, las subvenciones que le fueran concedidas, los productos y rentas de su patrimonio y de los bienes que en su caso tengan adscritos, los ingresos generados por el ejercicio de sus actividades y cualesquiera otros que le sean atribuidos.

Los gastos que se originen por la aplicación del presente Real Decreto serán financiados con los recursos a que se refiere el párrafo anterior. Si en algún ejercicio los ingresos derivados de su actividad no cubrieran los gastos previstos, la subvención necesaria para financiar el déficit será concedida con cargo a los créditos consignados en el presupuesto del Ministerio de Defensa para gastos de inversión y sostenimiento de las Fuerzas Armadas.

Art. 15. El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas gozará del régimen fiscal que, de acuerdo con su naturaleza, le corresponda.

### CAPITULO III

#### **Viviendas militares de apoyo logístico**

Art. 16. El Ministerio de Defensa facilitará al personal militar de carrera de las Fuerzas Armadas vivienda militar de apoyo logístico mediante cesión de

uso en los términos y condiciones previstos en el presente Real Decreto.

Art. 17. El acceso a vivienda militar de apoyo logístico surtirá efectos, previa petición del interesado, a partir de la asignación de destino en localidad distinta de la del primer destino; sólo será efectivo en la localidad en que se encuentre el lugar de destino y requerirá, igualmente, que el militar de carrera se encuentre en servicio activo.

Art. 18. El personal militar de carrera no podrá acceder al uso de vivienda militar de apoyo logístico cuando pierda la condición de militar de carrera así como cuando pase a retirado, segunda reserva o situación distinta de la de servicio activo.

Art. 19. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quedan excluidas del ámbito de sus disposiciones las cesiones de uso de las viviendas militares de apoyo logístico, que se registrarán por lo dispuesto en el presente Real Decreto y las disposiciones para su desarrollo, así como por lo señalado en los artículos 142 a 144 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre, en lo que les sea de aplicación.

Art. 20. No podrá reconocerse la cesión de uso ni el uso mismo de viviendas militares de apoyo logístico a personas jurídicas ni persona física que

no sea el militar de carrera de las Fuerzas Armadas. La cesión de uso que este Real Decreto establece lo es con carácter personal e intransferible.

Art. 21. Las viviendas militares de apoyo logístico serán de dos tipos:

a) Para Oficiales Generales, Oficiales Superiores y Oficiales.

b) Para Suboficiales Superiores y Suboficiales.

Art. 22. Para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas ofertará viviendas militares de apoyo logístico en cesión de uso.

Art. 23. El militar de carrera de las Fuerzas Armadas en servicio activo podrá solicitar una vivienda militar de apoyo logístico una vez adjudicado destino en localidad distinta a la del anterior, mediante instancia dirigida al Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, en el modelo que apruebe el Secretario de Estado de Administración Militar, a la que acompañará declaración jurada de sus condiciones personales y profesionales.

Art. 24. La adjudicación de una vivienda militar de apoyo logístico se hará mediante la aplicación de un baremo, que será aprobado por el Ministro de Defensa, en el que se tendrán en cuenta, al menos, los siguientes extremos:

a) Permanencia continuada destinado en la localidad.

- b) Tiempo de servicios efectivos.
- c) Cargas familiares.

Art. 25. Vacante una vivienda militar de apoyo logístico, el baremo mencionado en el artículo anterior se aplicará a todas las solicitudes que hayan tenido entrada en el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas hasta el último día de cada mes. La adjudicación se llevará a cabo en los primeros diez días del mes siguiente.

Art. 26. 1. El solicitante vendrá obligado a notificar al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas la modificación de sus circunstancias familiares: en caso contrario no se tendrá en cuenta dicha modificación a efectos de aplicación del baremo.

2. El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá solicitar de los Mandos o Jefaturas de Personal de los tres Ejércitos la acreditación de las condiciones profesionales alegadas por los solicitantes.

Art. 27. 1. La adjudicación de una vivienda militar de apoyo logístico se hará mediante resolución del Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y será efectiva desde el momento de la notificación al interesado. El plazo para ocupar la vivienda será de un mes a partir de esta notificación, durante el cual deberá abandonar la vivienda militar que viniese ocupando hasta ese momento.

2. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese ocupado la vivienda perde-

rá los derechos que le correspondan mientras permanezca destinado en la misma localidad. Excepcionalmente, por razones derivadas del destino o por circunstancias personales debidamente acreditadas, el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá ampliar dicho plazo.

3. Si la vivienda no se adecuara a las necesidades familiares del adjudicatario, éste podrá formular la renuncia a la misma, que, caso de ser aprobada por el Secretario de Estado de Administración Militar, no implicará pérdida alguna en sus derechos.

Art. 28. La cesión de uso se formalizará en los términos y condiciones que determine el Ministro de Defensa, de acuerdo con lo establecido en este Real Decreto.

Art. 29. El adjudicatario de una vivienda militar de apoyo logístico vendrá obligado al abono del canon mensual que le corresponda y que se determinará anualmente por el Ministro de Defensa, a propuesta del Consejo Rector del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

El pago del canon se hará efectivo mediante su descuento en los haberes que perciba el adjudicatario por la Pagaduría, Caja o Habilitación correspondiente, o, en su caso, a través de recibo mensual.

Art. 30. 1. La entrega de las viviendas adjudicadas se efectuará en condiciones de habitabilidad, siendo a cuenta del Instituto para la Vivienda de las

Fuerzas Armadas los posibles gastos derivados del deterioro por el uso normal de la vivienda.

2. Serán de cuenta y a cargo del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas las reparaciones que resulten necesarias en los edificios y en las viviendas como consecuencia de averías en las conducciones interiores del agua, luz, gas, calefacción y bajantes de instalaciones sanitarias, siempre que no se hayan producido por mal uso o negligencia de los usuarios, en cuyo caso será la reparación por cuenta del causante.

3. Igualmente será de cuenta del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas la conservación de ascensores, azoteas, escaleras, patios, sótanos y, en general, de todos los locales de uso común, así como el revoco de fachadas, siempre que los daños producidos no sean imputables a determinado o determinados usuarios.

4. En todo caso, serán gastos del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, los derivados de la conservación y mejora de los inmuebles, los gastos generales de portería o conserjería, ascensores, agua y fluido eléctrico para servicios comunes y los de ejecución de reparaciones que sean imputables al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

Art. 31. 1. Los usuarios de las viviendas del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas son directamente responsables de los desperfectos y deterioros que por mal uso o descuido

causen en las mismas al igual que los que originen las personas que con ellos convivan y, en todo caso, los que se constaten, fuera del deterioro normal, al abandonar la vivienda.

2. El abono de estos gastos se efectuará mediante cargo oficial que, por conducto de la Pagaduría correspondiente, o recibo, les pasará el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

Art. 32. 1. Son causa de desalojo de las viviendas militares de apoyo logístico las siguientes:

a) Cambio en la situación administrativa que otorgó el derecho al uso de esa vivienda.

b) Cambio de destino que implique cambio de localidad.

c) Pérdida de la condición de militar de carrera.

d) Pase a retirado o segunda reserva del usuario.

e) Fallecimiento del usuario.

f) Impago del canon correspondiente a tres mensualidades.

g) Causar el ocupante, o personas que con él convivan, graves deterioros en el inmueble por mal uso del mismo.

h) No destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente del usuario.

i) Cesión total o parcial de la vivienda.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero a) de este artículo, podrán mantener el uso de la vivienda

militar de apoyo logístico que tuvieran adjudicadas quienes se encuentren en las situaciones siguientes y durante el tiempo que permanezcan en las mismas:

a) Servicios especiales por aplicación de los apartados a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 99 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

b) Excedencia voluntaria por aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 100 de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

c) Suspensión de funciones cuando, por aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 102 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, no se acuerde el cese en el destino.

d) Reserva ocupando destino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103.6 de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

e) Disponible, durante los seis primeros meses en dicha situación.

Art. 33. 1. Publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» la Resolución que acredite las causas a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo anterior, se concederá un plazo de tres meses para el desalojo voluntario a contar desde la fecha de la publicación.

No obstante lo anterior, el plazo para el desalojo voluntario será de dos meses en los supuestos de pérdida de la condición de militar de carrera y en los servicios especiales y excedencia voluntaria no contemplados en el apartado 2 del artículo 32.

2. En el caso de fallecimiento del usuario, el plazo será de seis meses a contar desde el día de la defunción.

3. Cuando se den las causas f), g), h), e i), del apartado 1 del artículo anterior el plazo de tres meses comenzará a contar a partir de la fecha en que por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se notifique al interesado la acreditación de tal circunstancia.

Art. 34. El Ministro de Defensa podrá prorrogar los plazos establecidos en el artículo anterior por razones humanitarias o de carácter excepcional.

Art. 35. Transcurridos los plazos de desalojo con carácter voluntario sin que el usuario o quienes con él convivan hubiesen desalojado la vivienda, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas procederá con arreglo al procedimiento administrativo señalado en los artículos 142 a 144 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre.

Art. 36. Concluido el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, el usuario o quienes con él convivan tendrán un mes para el abandono efectivo de la vivienda, transcurrido el cual sin que se hubiese efectuado y, en su caso, se dará conocimiento del incumplimiento de la Resolución al Mando o Jefatura de Personal respectivo a los efectos previstos en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de

las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que se adopten las medidas procedentes para el inmediato desalojo de la vivienda.

## CAPITULO IV

### **Compensación económica**

Art. 37. El Ministerio de Defensa abonará una compensación económica mensual al personal militar de carrera de las Fuerzas Armadas que, reuniendo los requisitos y condiciones exigidos en el artículo 17 de este Real Decreto, haya solicitado vivienda militar de apoyo logístico y no haya podido acceder a ella por carencia de las mismas en la localidad de su destino.

Art.38. El Ministro de Defensa fijará, anualmente, la cuantía de las compensaciones económicas sustitutorias teniendo en cuenta, al menos, el importe de los cánones de uso de viviendas militares de apoyo logístico, la evolución del índice de precios al consumo, el índice de viviendas en alquiler y las distintas zonas en que, a estos efectos, pueda dividirse el territorio nacional.

Art. 39. La compensación económica sustitutoria estará sometida a las siguientes prescripciones:

a) Ofertada vivienda en la localidad de destino, no se abonará la compensación económica si la vivienda es rechazada.

b) La adjudicación de vivienda militar supondrá el cese automático en la percepción de la compensación económica.

c) El pago de la compensación requerirá el desalojo previo de la vivienda militar que viniera ocupando anteriormente.

Art. 40. El Director general de Personal del Ministerio de Defensa concederá la compensación económica sustitutoria cuando el Instituto para la Vivienda de las fuerzas Armadas no pueda atender la solicitud de vivienda. De su resolución dará traslado a los Mandos o Jefaturas de Personal y, en su caso, a la correspondiente Pagaduría de Haberes.

Art. 41. La percepción de la compensación económica cesará en los supuestos previstos en el artículo 39 de este Real Decreto, así como en el momento en que se pierdan las condiciones para acceder al uso de vivienda militar de apoyo logístico.

No obstante lo anterior, quienes perciban compensación económica y pasen a la situación de disponible continuarán percibiéndola durante un período máximo de seis meses.

## CAPITULO V

### **Fomento del acceso a la propiedad**

Art. 42. 1. El Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) contribuirá a la consecución de los objetivos señalados por el Secretario de Estado de Administración Militar en materia de viviendas mediante el establecimiento de un sistema de subvención de créditos para la adquisición de vivienda propia, con cargo a sus programas de acción

social y de acuerdo con sus previsiones presupuestarias.

2. Para su concesión, si las disponibilidades crediticias lo aconsejan, el Secretario de Estado de Administración Militar podrá establecer un orden de prioridades atendiendo, entre otras, a las siguientes circunstancias: Tiempo de servicios efectivos, situación administrativa y edad de los peticionarios.

Art. 43. 1. Igualmente, y con cargo a los mismos programas y créditos, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas podrá apoyar las acciones que permitan la constitución de asociaciones y cooperativas que ejecuten, en colaboración con Entidades públicas o privadas, programas de construcción de viviendas en propiedad para personal militar profesional cualquiera que sea su situación administrativa.

2. Para garantizar los objetivos sociales que se persiguen, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas determinará las condiciones y requisitos que deben cumplir las entidades que se constituyan, así como las que deban reunir todos sus integrantes.

## CAPITULO VI

### Otras viviendas

Art. 44. Las viviendas que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas no califique como viviendas militares de apoyo logístico podrán ser destinadas al uso por personal vinculado a las Fuerzas Armadas, en el marco de la política de acción

social del Departamento. El Ministro de Defensa regulará el régimen aplicable a estas viviendas atendiendo, en lo que sea de aplicación, a lo previsto en este Real Decreto, y fijará anualmente el canon de uso de dichas viviendas.

## CAPITULO VII

### Recursos

Art. 45. Contra las Resoluciones y Acuerdos del Consejo Rector del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se podrá interponer recurso de alzada ante el Ministro de Defensa. Contra las Resoluciones dictadas por el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—1. Desde la entrada en vigor del presente Real Decreto quedan suprimidos los siguientes Organismos autónomos:

Patronato de Casas Militares del Ejército de Tierra, reorganizado por la Ley 84/1963, de 8 de julio.

Patronato de Casas de la Armada, organizado por la Ley 12/1960, de 12 de mayo.

Patronato de Casas del Ejército del Aire, reorganizado por la Ley 110/1966, de 28 de diciembre.

2. El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá proseguir, con carácter transitorio, las actuaciones que los Patronatos extinguidos viniesen desempeñando, y sólo hasta que concluya la calificación inicial de las viviendas procedentes de éstos.

Segunda.—1. Se crea en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa una Oficina liquidadora, para ejercer cuantas acciones sean procedentes para realizar el patrimonio de los Organismos extinguidos que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas declare no ser de interés a efectos de apoyo logístico.

2. La Oficina liquidadora llevará una cuenta genral de liquidación y dispondrá, de acuerdo con la legislación vigente, en las Entidades de crédito que resulten precisas, de cuentas operativas para el cobro de deudas, para los pagos que resulten necesarios y para las demás obligaciones que correspondan.

3. Su titular, con nivel orgánico de Subdirector general, será nombrado por el Ministro de Defensa de acuerdo con la legislación vigente.

Tercera.—Los recursos obtenidos por la actuación de la Oficina Liquidadora en la enajenación de viviendas, locales comerciales, elementos anejos, solares y demás bienes y derechos, pasarán a formar parte del Patrimonio del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus fines, a cuyos efectos se realizarán las oportunas modificaciones presupuestarias.

Cuarta.—La ejecución de los programas de construcción de viviendas militares de apoyo logístico se llevará a cabo con la colaboración de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa que se hará cargo de la definición técnica de los proyectos de construcción. Como, en su caso, de la ejecución de los mismos a través de los medios de que disponga o concierte y con cargo a las dotaciones que en los presupuestos del Ministerio de Defensa para los Organismos autónomos se consignen a tal fin.

Quinta.—El personal militar de carrera de las Fuerzas Armadas que sea o haya sido propietario, en la localidad en que se encuentre su destino, de una vivienda adquirida al Ministerio de Defensa o subsidiada por él no podrá acceder al uso de vivienda militar de apoyo logístico ni al reconocimiento de abono de compensación económica a que se refieren los capítulos III y IV del presente Real Decreto.

Sexta.—Todo el personal militar comprendido en el artículo 103.7 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, se considerará a los efectos del presente Real Decreto en la situación de reserva.

Séptima.—1. A los efectos del presente Real Decreto se considerarán personal militar de carrera a los componentes de Tropa y Marinería profesionales que tuvieran adquirido el derecho de permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

2. El Ministro de Defensa determinará las condiciones en que los milita-

res de empleo podrán acceder al uso de viviendas militares de apoyo logístico de acuerdo con lo previsto en el capítulo III del presente Real Decreto.

Octava.—En tanto no se provea otra cosa por las normas que se dicten en desarrollo de la disposición final quinta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, el personal perteneciente a la Escala de la Guardia Real que, a la entrada en vigor del presente Real Decreto, ocupe vivienda militar, podrá conservar el uso de la misma.

Novena.—Excepcionalmente, cuando circunstancias del servicio así lo exijan o la contribución a la operatividad de las unidades así lo aconseje, el Ministro de Defensa podrá autorizar la cesión de uso de viviendas militares de apoyo logístico, en las condiciones previstas en el presente Real Decreto, a personal civil al servicio del Ministerio de Defensa.

Décima.—Cuando la ubicación de los destinos y de las viviendas así lo aconseje, el Secretario de Estado de Administración Militar, previo informe de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, podrá identificar como localidad, a los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, determinadas áreas geográficas. Igualmente, podrá establecer turnos entre los militares de carrera de los distintos Ejércitos para la adjudicación de las viviendas existentes en una o varias localidades atendiendo al volumen de las unidades respectivas, a los correspondientes porcentajes de ocupación de viviendas y a cuantos otros factores puedan considerarse.

Undécima.—1. El Ministro de Defensa regulará el régimen de los pabellones de cargo y viviendas de representación y, previo informe de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, determinará la calificación como pabellones de cargo o como viviendas militares de apoyo logístico de los actuales pabellones de Cuerpo, Unidad o Plaza o viviendas de servicio.

2. Hasta tanto se proceda a lo previsto en el apartado precedente, los pabellones, viviendas de representación y viviendas de servicio se regirán por sus disposiciones específicas.

Duodécima.—En el plazo de un mes desde la entrada en vigor del presente Real Decreto, el Ministerio de Defensa aprobará el canon a satisfacer por el uso de viviendas militares y de apoyo logístico, atendiendo, entre otros factores, a los empleos militares, al índice de alquiler de viviendas, a la localidad y al importe de la compensación por carencia de vivienda.

Igualmente fijará el canon a satisfacer por el uso de las viviendas reguladas en el artículo 44 del presente Real Decreto.

Decimotercera.—Quedan calificadas como viviendas militares de apoyo logístico las viviendas a que se refiere la Orden 28/1989, de 28 de marzo, por la que se dan normas para adjudicar determinadas viviendas militares.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—1. No obstante lo dispuesto en el presente Real Decreto, para

su aplicación se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Quienes, a su entrada en vigor, se encuentren en situación de disponible, servicios especiales o pasen a esta situación como consecuencia de la aplicación de las disposiciones transitorias quinta y sexta del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, y estén ocupando vivienda militar, podrán mantener el uso hasta su cese en dicha situación administrativa; a partir de ese momento, les será de aplicación lo dispuesto en este Real Decreto.

2.<sup>a</sup> Quienes, a su entrada en vigor, se encuentren en situación de reserva, segunda reserva o retiro forzoso por edad o por incapacidad física y ocupando vivienda familiar, podrán mantener el uso hasta su fallecimiento.

3.<sup>a</sup> Quienes, a su entrada en vigor, se encuentren en servicio activo, y les falten cinco o menos años para pasar a la situación de reserva por aplicación del apartado 1, causas a) y b), y del apartado 2 del artículo 103 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, y estén ocupando vivienda militar, podrán mantener el uso hasta su fallecimiento, salvo que pierdan la condición de militar, pasen a otra situación administrativa, excepto la propia de reserva, a la que no corresponda el derecho a uso de vivienda militar de apoyo logístico o tengan vivienda adquirida al Ministerio de Defensa o subsidiada por él.

4.<sup>a</sup> Quienes hubiesen pasado a la situación de reserva transitoria y, a la entrada en vigor del presente Real De-

creto, se encontrasen ocupando vivienda militar podrán conservar el uso hasta su fallecimiento si tuvieran cumplida la edad fijada con carácter general para cada Escala, Cuerpo y empleo para el pase a la situación de reserva en la Ley 17/1989, de 19 de julio, o les falten cinco o menos años para alcanzar dicha edad.

El resto del personal en la situación de reserva transitoria deberá abandonar la vivienda, en todo caso, antes del 1 de enero de 1992.

5.<sup>a</sup> Las viudas de personal militar, que a la entrada en vigor del presente Real Decreto estén ocupando vivienda militar, y las viudas del personal citado en las reglas 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, en su caso, podrán mantener su uso hasta su fallecimiento, salvo cambio de estado civil.

2. El personal militar en servicio activo que esté ocupando vivienda militar fuera de la localidad de destino, podrá conservarla hasta el primer cambio de destino, o de situación administrativa, o asignación de vivienda, en cuyo momento se someterá al régimen general del presente Real Decreto.

3. El personal perteneciente al Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria seguirá el régimen previsto en el presente Real Decreto para el personal retirado, de acuerdo con lo establecido en la disposición final sexta de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

4. Quienes, a la entrada en vigor del presente Real Decreto, se encuentren ocupando vivienda militar, no reunien-

do las condiciones señaladas en el capítulo III, y no estén comprendidos en los apartados anteriores o en los supuestos contemplados en las disposiciones adicionales octava y novena de este Real Decreto, deberán desalojarlas en los plazos fijados en el presente Real Decreto.

Segunda.—Lo determinado en la disposición transitoria anterior no será de aplicación a quienes estén ocupando una vivienda militar de las que se refiere la Orden 28/1989, de 28 de marzo, por la que se dan normas para adjudicar determinadas viviendas militares.

Tercera.—1. El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa que esté ocupando vivienda militar a la entrada en vigor del presente Real Decreto podrá conservar el uso de aquélla hasta el momento que se produzca su cambio de destino en el propio Ministerio que suponga cambio de localidad, pasen destinados a otros Departamentos, cesen en su relación laboral o se jubilen.

2. Los jubilados que ocupen vivienda a la entrada en vigor de este Real Decreto podrán mantener el uso hasta su fallecimiento.

3. Las viudas del personal citado en el apartado primero de esta disposición que ocupen vivienda a la entrada en vigor de este Real Decreto y las viudas, en su caso, del personal citado en el apartado segundo, podrán mantener el uso de la vivienda hasta su fallecimiento, salvo cambio de estado civil.

4. Todo el personal a que se refiere esta disposición, mientras mantengan el uso de las viviendas militares, quedan sujetos a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Cuarta.—Producida la calificación del actual parque de viviendas de los patronatos extinguidos, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá realojar en una nueva vivienda al personal contemplado en las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del apartado primero de la disposición transitoria primera, y en los apartados segundo y tercero de la disposición transitoria anterior, en función de las circunstancias profesionales, personales y familiares del ocupante y de acuerdo con la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Quinta.—El canon que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional duodécima de este Real Decreto, se fije por el Ministro de Defensa se aplicará en forma progresiva durante un plazo máximo de ocho años para quienes estén ocupando, en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, una vivienda militar. La aplicación del canon inicial surtirá efectos a partir del 1 de junio de 1991.

Sexta.—1. A la entrada en vigor del presente Real Decreto quedan anuladas todas las peticiones de viviendas formuladas ante los Patronatos de Casas Militares.

2. Hasta el 1 de abril de 1991 podrán solicitar vivienda militar de apoyo logístico en su localidad de destino quienes, en situación de servicio activo, a la

entrada en vigor del presente Real Decreto hayan cambiado al menos una vez de localidad de destino y no se hallen comprendidos en la disposición adicional quinta.

3. La primera asignación de viviendas militares de apoyo logístico se llevará a cabo en el mes de mayo de 1991.

Séptimo.—1. La percepción de la compensación económica establecida en el artículo 37 sólo se aplicará en su totalidad con ocasión de los nuevos destinos que se produzcan a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto y que impliquen cambio de localidad.

2. Quienes, al amparo de lo previsto en la disposición transitoria anterior, hayan solicitado vivienda y no se les conceda, percibirán la compensación económica en los porcentajes anuales que establezca el Ministro de Defensa hasta alcanzar su cuantía total en un período de tres años, siempre que no se acojan a lo previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera.

3. La compensación económica que corresponda se abonará a partir del 1 de junio de 1991, con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la fecha de cambio de destino para los comprendidos en el apartado 1 de esta disposición o desde el 1 de febrero de 1991 para los comprendidos en el apartado 2 de la misma.

Octava.—1. Por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa se adoptarán las medidas necesarias para acoplar en el Instituto para la

Vivienda de las Fuerzas Armadas, en la Oficina Liquidadora o en cualesquiera otros Centros u Organismos del Ministerio de Defensa al personal que viniera prestando servicios en los Organismos suprimidos.

2. A todo el personal mencionado en el apartado anterior se le respetará su situación administrativa o laboral y continuará percibiendo íntegramente las retribuciones que tuviese reconocidas hasta que se produzca la redistribución antes indicada.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

Decreto 2165/1960, de 17 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Patronato de Casas de la Armada.

Decreto 3264/1970, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Patronato de Casas del Ramo del Aire.

Decreto 2943/1975, de 31 de octubre, que aprueba el Reglamento Orgánico del Patronato de Casas Militares.

Orden de 27 de noviembre de 1942 que aprueba el Reglamento para el régimen y adjudicación de pabellones y casas militares.

Orden de 15 de agosto de 1949 por la que se aprueba el Reglamento sobre régimen y adjudicación de las viviendas del Aire.

Orden 4088/1964, de 11 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Adjudicación y Uso de Viviendas en régimen de acceso a la propiedad promovidas por el Patronato de Casas de la Armada.

Orden 193/1973/1973, de 13 de marzo, que aprueba el Reglamento de Adjudicación y Uso de Viviendas en arrendamiento para el personal de la Armada en activo.

Orden 674/1980, de 26 de diciembre, por la que se reconoce el derecho a conservar la vivienda en arrendamiento a pilotos de reactores de la Armada destinados en la Octava Escuadrilla en Puerto de Santa María y Rota.

Orden 28/1989, de 28 de marzo, por la que se dan normas para adjudicar determinadas viviendas militares.

2. Igualmente, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se autoriza al Ministro de Defensa para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y aplicación del presente Real Decreto.

Segunda.—El Ministerio de Economía y Hacienda efectuará las modificaciones presupuestarias precisas para dar cumplimiento a lo previsto en el presente Real Decreto.

Tercera.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 20 de diciembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno.

VIRGILIO ZAPATERO GOMEZ

## MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

11246

*REAL DECRETO 619/1990, de 18 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, que determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.*

El proceso de definición y consolidación del Ministerio de Defensa, como Órgano de la Administración Central del Estado, requiere modificar su estructura orgánica por razones de eficacia en la elaboración, determinación y ejecución de la política militar, en la que adquiere especial significado el ejercicio de la función pública militar y las condiciones generales en que ha de prestarse el servicio militar.

En su virtud, a iniciativa del Ministro de Defensa, a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 18 de mayo de 1990.

### DISPONGO:

Artículo 1.º De la Secretaría de Estado de Administración Militar.

Uno. Se crea la Secretaría de Estado de Administración Militar, órgano superior principal colaborador del Ministro en la preparación, dirección y desarrollo de la política de personal, enseñanza y servicio militar del Departamento, pudiendo dictar, a tal fin, las directrices e instrucciones generales y particulares necesarias.

Dos. La Secretaría de Estado de Administración Militar asumirá las funciones y Centros Directivos que determina el artículo 12 del Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, y las que las demás normas atribuyen a la Subsecretaría de Defensa.

Tres. Además del Gabinete que establece el Real Decreto 3775/1982, de 22 de diciembre, el Secretario de Estado de Administración Militar dispone de un Gabinete Técnico como órgano de apoyo, asesoramiento y asistencia inmediata. El Director de Gabinete Técnico será un Oficial u Oficial Superior, con nivel orgánico de Subdirector General.

Art. 2.º De la Dirección General del Servicio Militar.

Uno. Se crea la Dirección General del Servicio Militar, como Centro Directivo al que corresponde la preparación, planeamiento y desarrollo de la política de reclutamiento y condiciones generales de prestación del servicio militar, así como la supervisión y dirección de su ejecución. A estos efectos dependerán de esta Dirección General los órganos de los tres Ejércitos que tengan competencias en las citadas materias.

Dos. En particular le corresponden las siguientes funciones:

1. Elaborar, proponer y gestionar el diseño y ordenación del sistema de reclutamiento.

2. Dirigir el funcionamiento de los Centros Provinciales de Reclutamiento.

3. Elaborar y proponer el diseño y ordenación de las condiciones generales de prestación del servicio militar e inspeccionar su ejecución.

4. Estudiar y formular propuestas en materia de selección de voluntariado especial y de la prestación de sus servicios.

Tres. La Dirección General del Servicio Militar está integrada por las siguientes unidades con nivel orgánico de Subdirección General:

1. Subdirección General de Estudios y Planes.

2. Subdirección General de Reclutamiento.

3. Subdirección General de Prestación del Servicio Militar.

Cuatro. La Dirección General del Servicio Militar dependerá de la Secretaría de Estado de Administración Militar.

#### DISPOSICION ADICIONAL

Quedan suprimidos los siguientes órganos:

Subsecretaría de Defensa.

Subdirección General de Servicio Militar.

Gabinete Técnico del Subsecretario de Defensa.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Las unidades administrativas y puestos de trabajo con nivel orgánico

inferior a Subdirección General, encuadradas en las Subdirecciones suprimidas, continúan subsistentes y en tanto no se dicten las medidas de desarrollo procedentes pasan a depender provisionalmente de las Direcciones Generales y Unidades que correspondan de acuerdo con las funciones atribuidas a cada una de ellas por el presente Real Decreto.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Ministro de Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales oportunos, dictará las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Segunda.—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se realizarán las modificaciones presupuestarias precisas para dar cumplimiento a lo previsto en este Real Decreto.

Tercera.—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto, que entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 18 de mayo de 1990

JUAN CARLOS R.

El Ministro para las Administraciones Públicas  
JOAQUIN ALMUNIA AMANN

**MINISTERIO DE RELACIONES  
CON LAS CORTES  
Y DE LA  
SECRETARIA DEL GOBIERNO**

**10273**

*REAL DECRETO 562/1990, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo.*

Los artículos 43 a 47 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, establecen los criterios generales de ingreso en los Centros docentes militares de formación, y los artículos 106 y 107 el acceso a la condición de militar de empleo, siendo necesario, en ambos casos, proceder a su desarrollo reglamentario.

En su virtud, a propuesta del Ministerio de Defensa, conjuntamente con el del Interior, por lo que respecta a la Guardia Civil, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de mayo de 1990.

**DISPONGO:**

Artículo único.—Se aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo, cuyo texto se inserta a continuación.

**DISPOSICIONES  
DEROGATORIAS**

Primera. Quedan derogadas las siguientes disposiciones, entre las que se incluyen las que, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, habiendo tenido rango de ley, han continuado en vigor con carácter reglamentario:

Artículos 5, 6 y 7 de la Ley de 27 de septiembre de 1940, por la que se crea el Cuerpo Técnico del Ejército y la Escuela Politécnica.

Artículos 8, 9, 10 y 13 de la Ley 142/1962, de 24 de diciembre, sobre la organización del Cuerpo de Suboficiales Especialistas del Ejército del Aire.

Artículo 6 de la Ley 61/1967, de 22 de julio, de creación del Cuerpo de Ingenieros de la Armada.

Artículo 2 del Decreto 3147/1967, de 28 de diciembre, desarrollando la Ley 61/1967, de 22 de julio, de creación del Cuerpo de Ingenieros de la Armada.

Decreto 731/1973, de 23 de marzo, sobre acceso a la Escuela Politécnica del Ejército de los Suboficiales de la IMEC, con título de grado superior.

Artículos 12, 13, 24, 33 y disposición adicional cuarta de la Ley 19/1973, de 21 de julio, de Especialistas de la Armada.

Artículos 16, 44 y 45 y disposición adicional segunda del Decreto 1650/1974, de 31 de mayo, por el que se

desarrolla la Ley 19/1973, de 31 de julio, de Especialistas de la Armada.

Artículos 4.º, 6.º, 8.º, 9.º y 17 del Real Decreto 2917/1976, de 30 de octubre, sobre el personal de las Músicas de las Fuerzas Armadas.

Artículos 6.º, 7.º, 11, 12, 16, 17, 18, 19 y 20 de la Ley 14/1982, de 5 de mayo, por la que se reorganizan las Escalas Especial y Básica de Suboficiales del Ejército de Tierra.

Artículos 9.º, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 18 del Real Decreto 2493/1983, de 7 de septiembre, que desarrolla la Ley 14/1982.

Artículo 7.2 de la 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 1046/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso en la Profesión militar.

Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Artículo 6 de la Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

Real Decreto 2/1989, de 13 de enero, por el que se regula la forma de acceso a las Escalas de Complemento de las Fuerzas Armadas.

Real Decreto 1180/1989, de 29 de septiembre, por el que se fijan las condiciones y pruebas a superar para el ingreso en los Centros docentes militares de grado superior.

Orden comunicada, de 17 de diciembre de 1979, por la que se establecen los límites de edad para el ingreso

en los Cuerpos Militares que requieran titulación académica superior.

Segunda. Las disposiciones que se citan a continuación y que se refieren a materias reguladoras en el presente Real Decreto, en lo que no se opongan al mismo, continúan en vigor. Las disposiciones de desarrollo de este Real Decreto las derogarán de forma expresa.

Orden 722/38884/1985, de 30 de septiembre, por la que se aprueba el programa común de ejercicios y materias para el ingreso en los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas.

Orden 722/38885/1985, de 30 de septiembre, por la que se aprueba el programa común de ejercicios y materias para ingreso en los Cuerpos de Farmacia de las Fuerzas Armadas.

Orden 722/39020/1985, de 14 de noviembre, por la que se aprueban los programas de ejercicios y materias que han de regir en las convocatorias de ingreso en el Cuerpo Militar de Intervención de la Defensa.

Orden 67/1985, de 25 de noviembre, por la que se establecen las pruebas de aptitud física para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas.

Orden 52/1986, de 17 de junio por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones común para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas.

Orden 722/38602/1986, de 18 de julio, por la que se aprueba el programa común de ejercicios y materias profesionales para el ingreso en los Cuerpos de Sanidad (Sección de Medicina) de las Fuerzas Armadas

Orden 722/38975/1986, de 31 de octubre, por la que se aprueba el programa de ejercicios y materias profesionales para el ingreso en el Cuerpo de Veterinaria Militar.

Orden 722/39023/1986, de 28 de noviembre, por la que se aprueba el programa común de ejercicios y materias profesionales para el ingreso en el Cuerpo y Escalas de Directores Músicos de las Fuerzas Armadas.

Orden 722/06142/1987, de 27 de febrero, por la que se aprueba el programa común de ejercicios y materias profesionales para el ingreso en el Cuerpo Auxiliar de Sanidad Militar del Ejército de Tierra y Escalas Básica y Auxiliar de Sanidad de la Armada y del Ejército del Aire, respectivamente.

Orden 15/1988, de 23 de febrero, por la que se establece el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física aplicables para el ingreso de la mujer en los Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas.

Orden 78/1988, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el régimen de ejercicios y materias profesionales común para ingreso en el Cuerpo y Escala de Suboficiales Músicos de las Fuerzas Armadas.

Orden 3/1989, de 16 de enero, por la que se modifican parcialmente los anexos I y II de la Orden 722/39020/1985, de 14 de noviembre, sobre programas de ejercicios y materias para el ingreso en el Cuerpo Militar de Intervención de la Defensa.

Orden 75/1989, de 2 de octubre, por la que se aprueban los programas, cuadro médico de exclusiones y ejercicios físicos por los que han de dirigirse los

procesos selectivos para el ingreso en los centros docentes militares de formación de grado superior.

Tercera.—Asimismo quedan derogadas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Por el Ministro de Defensa, conjuntamente con el Ministro del Interior para todo lo que se refiera al ingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil, se dictarán cuantas normas sean precisas para el desarrollo del presente Real Decreto.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 4 de mayo de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Relaciones con las Cortes  
y de la Secretaría del gobierno,  
VIRGILIO ZAPATERO GOMEZ

## REGLAMENTO GENERAL DE INGRESO EN LOS CENTROS DOCENTES MILITARES DE FORMACION Y DE ACCESO A LA CONDICION DE MILITAR DE EMPLEO

### Indice

Capítulo I. Normas generales.

Artículo 1. Ambito de aplicación.

Artículo 2. Disposiciones reguladoras.  
Artículo 3. Sistemas de selección para el ingreso y el acceso.  
Artículo 4. Promoción interna.

#### Capítulo II. Convocatorias.

Artículo 5. Provisión anual de plazas.

Artículo 6. Elaboración de las propuestas de las convocatorias.

Artículo 7. Aprobación de las convocatorias.

Artículo 8. Publicación de las convocatorias.

Artículo 9. Contenido de las convocatorias.

Artículo 10. Convocatorias extraordinarias.

Artículo 11. Orden de actuación de los aspirantes.

Artículo 12. Impugnaciones.

#### Capítulo III. Organos de selección.

Artículo 13. Tribunales y Comisiones Permanentes de Selección.

#### Capítulo IV. Condiciones generales.

Artículo 14. Condiciones generales.

Capítulo V. Condiciones para el ingreso en los Centros docentes militares de formación.

Artículo 15. Condiciones particulares para el ingreso directo.

Artículo 16. Condiciones particulares para la promoción directa.

Artículo 17. Condiciones particulares para el ingreso directo con titulación equivalente.

Capítulo VI. Condiciones para el acceso a militar de empleo.

Artículo 18. Condiciones particulares. Categoría de oficial.

Artículo 19. Condiciones particulares. Categoría de tropa y marinería profesionales.

#### Capítulo VII. Pruebas.

Artículo 20. Instancias.

Artículo 21. Lista de admitidos y excluidos.

Artículo 22. Relaciones provisionales de aspirantes seleccionados.

Capítulo VIII. Nombramiento de aspirantes seleccionados.

Artículo 23. Aportación de la documentación.

Artículo 24. Nombramiento de alumnos de los Centros docentes militares de formación.

Artículo 25. Nombramiento de militares de empleo.

### CAPITULO PRIMERO

#### Normas generales

Artículo 1.º *Ambito de aplicación.*—  
1. El presente Reglamento regula:

a) Los procedimientos de selección para el ingreso en los Centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo o promoción interna.

b) Los procedimientos de selección para el acceso a la condición de militar de empleo.

2. Los procedimientos de selección para el ingreso directo en los Centros docentes militares de formación a fin de obtener el empleo de Teniente de la Guardia Civil se regirán por lo establecido en este Reglamento para los Cuerpos Generales de los Ejércitos. El resto de los procedimientos de acceso al Cuerpo de la Guardia Civil, así como la promoción interna, se regirán por las disposiciones particulares de este Cuerpo.

3. Este Reglamento no será de aplicación a la prestación del servicio militar en sus diversas formas, que se regirá por sus normas específicas.

*Art. 2.º Disposiciones reguladoras.*—El ingreso en los Centros docentes militares de formación y el acceso a militar de empleo se regirán por las convocatorias respectivas, que se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en este Reglamento y a las disposiciones concordantes que resulten aplicables.

*Art. 3.º Sistemas de selección para el ingreso y el acceso.*—1. La selección para el ingreso en los Centros docentes militares de formación y para el acceso a la condición de militar de empleo 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 de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

2. El concurso consiste exclusivamente en la calificación de los méritos de los aspirantes y la prelación de los mismos en la selección; la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas de

capacidad para determinar la aptitud de los aspirantes y fijar el orden de prelación de los mismos en la selección: el concurso-oposición consiste en la sucesiva realización, como parte del procedimiento de selección, de los dos sistemas anteriores.

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 o para el acceso a la condición de militar de empleo.

*Art. 4.º Promoción interna.*—1. La promoción interna consiste en el acceso de los militares de carrera a una Escala inmediatamente superior del Cuerpo en que estén encuadrados, una vez se hayan superado las pruebas de ingreso en el Centro docente militar de formación y los planes de estudios correspondientes.

Incluye también el acceso de los militares de empleo a la Escala del Cuerpo militar que complementen, previa superación de las pruebas de ingreso y de los planes de estudios correspondientes.

2. En la valoración del historial militar de la mujer en la promoción interna se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 89.4 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, con el fin de garantizarle iguales posibilidades de progresión que las de los hombres de la misma procedencia.

## CAPITULO II

### Convocatorias

Art. 5.º *Provisión anual de plazas.*— El Gobierno a propuesta del Ministro de Defensa, conjuntamente con el Ministro del Interior por lo que respecta a la Guardia Civil, determinará cada año la provisión de plazas para el ingreso en los Centros docentes militares de formación, especificando los cupos que correspondan a las distintas formas de ingreso directo y promoción interna, y para el acceso a la condición de militar de empleo en las categorías de oficial y de tropa y marinería profesionales.

A tal efecto se tendrán en cuenta las previsiones del planeamiento de la defensa militar, y de la seguridad ciudadana respecto a la Guardia Civil, así como los créditos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Art. 6.º *Elaboración de las propuestas de las convocatorias.*—1. Una vez publicada la provisión de plazas a que se refiere el artículo anterior y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes al de su publicación, la Dirección General de Enseñanza del Ministerio de Defensa elaborará las propuestas de las convocatorias de los procesos selectivos de ingreso en los Centros docentes militares de formación de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos que se realicen de forma unitaria y las de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, así como las concernientes al acceso a la condición de militar de empleo de la categoría de oficial que complementen a estos últimos Cuerpos.

2. Las propuestas de las convocatorias de los procesos selectivos de ingreso en los Centros docentes militares de formación y de acceso a militar de empleo no comprendidas en el apartado anterior, serán elaboradas, dentro de los mismos plazos, por el Mando o Jefatura de Personal de cada Ejército o de la Guardia Civil, que las remitirá a la Dirección General de Enseñanza.

Art. 7.º *Aprobación de las convocatorias.*—El Subsecretario de Defensa, de acuerdo con el Director de la Seguridad del Estado por lo que respecta a la guardia Civil, procederá a convocar, en el primer trimestre de cada año natural, los correspondientes sistemas selectivos de acceso para las plazas previstas.

Art. 8.º *Publicación de las convocatorias.*—1. Las convocatorias, juntamente con sus bases, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», excepto aquellas que se refieran exclusivamente a promoción interna que se publicarán en el «Boletín Oficial de Defensa».

2. Las convocatorias podrán ser de carácter unitario para el ingreso de forma directa en diversos Centros docentes militares de formación del mismo nivel.

3. Las convocatorias vinculan a la Administración y a los órganos de selección citados en el artículo 13 del presente Reglamento que han de juzgar las pruebas selectivas.

4. Las convocatorias, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción a las normas del De-

creto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, a excepción de lo referente al aumento de las plazas convocadas, originado por quedar desiertas plazas de promoción interna que puedan acumularse a las de ingreso directo. En este supuesto no será preceptiva la apertura de un nuevo plazo de presentación de instancias.

**Art. 9.º Contenido de las convocatorias.**—1. Las convocatorias contendrán al menos las siguientes circunstancias:

a) Número y características de las plazas convocadas y la distribución, en su caso, por especialidades fundamentales.

b) Declaración expresa de que los órganos de selección no podrán declarar admitido un número de aspirantes superior al de las plazas convocadas y de que cualquier propuesta que contravenga lo anteriormente establecido será nula de pleno derecho.

c) Unidad, Centro u Organismo al que deban dirigirse las instancias.

d) Condiciones o requisitos que deben reunir o cumplir los aspirantes según la forma de acceso, teniendo en cuenta lo previsto en los capítulos IV, V y VI de este Reglamento.

e) Pruebas selectivas que hayan de celebrarse y, en su caso, relación de méritos que han de ser tenidos en cuenta en la selección en cada una de las formas de acceso.

f) Composición del órgano de selección que hay de actuar.

g) Sistema de calificación.

h) Programa que ha de regir en las pruebas o indicación del «Boletín Oficial del Estado» o «Boletín Oficial de Defensa» donde haya sido publicado.

i) Calendario general de realización de las pruebas, teniendo en cuenta que deberán iniciarse dentro del año en que se convoquen y no antes de un mes a contar desde la publicación de la convocatoria.

j) Orden de actuación inicial de los aspirantes, según el resultado del sorteo al que se hace referencia en el artículo 11 del presente Reglamento.

k) Lugares donde se celebrarán las diferentes pruebas y donde se publicarán los anuncios relativos al desarrollo de las mismas.

l) Determinación, en su caso, de las características y duración de los períodos de formación y prácticas para el acceso a la Escala correspondiente en cada una de las formas de ingreso.

m) Derechos de examen a abonar por el aspirante.

n) Modelo de instancia a elevar por el aspirante, o indicación del «Boletín Oficial del Estado» o «Boletín Oficial de Defensa», donde haya sido publicado.

2. El Ministro de Defensa, conjuntamente con el Ministro del Interior por lo que respecta a la Guardia Civil, podrá aprobar bases generales en las que se determine el sistema selectivo y las circunstancias de carácter general del

apartado 1 de este artículo, aplicables a sucesivas convocatorias para uno o varios Cuerpos y Escalas y para las diferentes formas de acceso.

Art. 10. *Convocatorias extraordinarias*.—Podrán efectuarse convocatorias extraordinarias, fuera del plazo establecido en el artículo 7 del presente Reglamento, cuando iniciado el proceso selectivo se prevea que no se va a cubrir alguna de las plazas convocadas, bien por falta de peticionarios o porque el número de aspirantes seleccionados que hayan acreditado las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria sea inferior al número de plazas ofertadas.

Art. 11. *Orden de actuación de los aspirantes*.—La Dirección General de Enseñanza del Ministerio de Defensa determinará, mediante sorteo público único, celebrado previo anuncio en el «Boletín Oficial del Estado», y dentro del primer trimestre de cada año natural, el orden de actuación de los aspirantes en todos los procedimientos de selección para el ingreso o el acceso que se celebren durante el año. En dicho sorteo se determinará la letra del alfabeto a partir de la cual quedará establecido el orden de actuación de los aspirantes, teniendo en cuenta el primer apellido de éstos. El resultado de este sorteo que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», deberá recogerse en cada convocatoria.

Art. 12. *Impugnaciones*.—Las convocatorias, las bases y cuantos actos administrativos se deriven de ellas y de la actuación de los órganos de selección,

podrán ser impugnados en los casos y en la forma previstos en el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

### CAPITULO III

#### Organos de selección

Art. 13. *Tribunales y Comisiones Permanentes de Selección*.

1. Los órganos de selección serán las Comisiones Permanentes de Selección y los Tribunales.

2. Las Comisiones Permanentes de Selección son los órganos a los que se encomienda el proceso selectivo para el acceso a aquellos Cuerpos y Escalas en los que el elevado número de aspirantes y el nivel de titulación y especialización exigido así lo aconseje. Las Comisiones Permanentes de Selección estarán constituidas por un Presidente y un número par de vocales.

3. Los Tribunales estarán constituidos por un Presidente y un número par de vocales, no inferior a cuatro, y otros tantos suplentes.

4. En cada convocatoria figurará el órgano de selección al que corresponderá el desarrollo y la calificación de las pruebas selectivas, así como su composición.

5. En la composición de los órganos de selección se velará por el cumplimiento del principio de especialidad en base a la pertenencia a Cuerpo, Escala y, en su caso, especialidad fundamental.

6. El Subsecretario de Defensa o autoridad en que hubiera delegado procederá al nombramiento de los miembros de los órganos de selección correspondientes a cada convocatoria. Esta designación se hará pública en el «Boletín Oficial del Estado» o «Boletín Oficial de Defensa».

7. Los Presidentes de los órganos de selección podrán requerir la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores se limitarán al ejercicio de sus especialidades técnicas, en base exclusivamente a las cuales colaborarán con los órganos de selección.

#### CAPITULO IV

##### **Condiciones generales**

Art. 14. *Condiciones generales.*— Los aspirantes a ingreso en los Centros docentes militares de formación o acceso a militar de empleo deberán reunir las condiciones siguientes:

Tener la nacionalidad española.

Cumplir al menos dieciocho años de edad en el año en que se inicien las pruebas y no sobrepasar la edad a que se hace referencia en este Reglamento.

Acreditar buena conducta ciudadana conforme a lo establecido en la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre expedición de certificaciones e informes sobre conducta ciudadana.

No estar privado de los derechos civiles.

No estar procesado por delito doloso o separado del servicio de las Administraciones Públicas ni inhabilitado para el ejercicio de la función pública.

Poseer la aptitud psicofísica que para cada Cuerpo o Escala se determine.

Estar en posesión o en condiciones de obtener los títulos que figuran en este Reglamento.

No haber sido eliminado en tres convocatorias anteriores para el ingreso en el Centro docente militar de formación correspondiente o para el acceso a militar de empleo.

Cuando las convocatorias sean de carácter unitario para el ingreso en los Centros docentes militares de formación del mismo nivel, las opciones antes citadas se habrán agotado cuando el aspirante haya sido eliminado en tres de dichas convocatorias.

#### CAPITULO V

##### **Condiciones para el ingreso en los Centros docentes militares de formación**

Art. 15. *Condiciones particulares para el ingreso directo.*— Los aspirantes a ingreso en los Centros docentes militares de formación deberán reunir las condiciones particulares que para cada Cuerpo o Escala se indican a continuación:

1. Títulos: Estar en posesión o en condiciones de obtener los títulos que de

forma expresa figuren en las convocatorias correspondientes, de entre los que para cada Cuerpo o Escala se indican en este apartado. Cuando más de un título capacite para el ingreso en un determinado Cuerpo o Escala, podrá figurar en la convocatoria el cupo del total de plazas que corresponda a cada uno de ellos.

a) Cuerpos Generales de los Ejércitos y de Infantería de Marina: Los niveles de titulación 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 de la enseñanza militar.

b) Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos:

1) Con carácter general los niveles de titulación 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 de la enseñanza militar.

2) Para el acceso a determinadas especialidades fundamentales de las Escalas Medias y Básicas se exigirán títulos de Ingeniero Técnico o Diplomado Universitario y de Técnico Especialista, respectivamente. Estas exigencias se detallarán expresamente en las convocatorias.

c) Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos: Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales o Derecho.

d) Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos: Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Industrial, de Montes,

Agrónomo, de Minas, Naval, Aero-náutico, de Telecomunicación o Electromecánico, Arquitectura.

e) Cuerpo Jurídico Militar: Licenciado en Derecho.

f) Cuerpo Militar de Intervención: Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales o Derecho.

g) Cuerpo Militar de Sanidad.

Escala superior: Licenciado en Medicina y Cirugía. Odontología, Farmacia o Veterinaria.

Escala media: Diplomado Universitario en Enfermería, Fisioterapia u Óptica.

h) Cuerpo de Músicas Militares:

Escala superior: Título de Profesor Superior de Dirección de Orquesta, o de Armonía, Contrapunto y Composición.

Escala básica: Diploma de Instrumentista o de Cantante.

2. Límites de edad: No cumplir o haber cumplido dentro del año en que comience la celebración de las pruebas de ingreso como máximo las siguientes edades:

a) Cuerpos Generales de los Ejércitos y de Infantería de Marina: Veintidós años.

b) Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos:

1) Escalas medias: Veintidós años, excepto para aquellos que accedan por el sistema del apartado 1.b), 2) de este artículo, que se establece en treinta y un años.

2) Escalas básicas: Veintidós años.

c) Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos, Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpo Militar de Sanidad (Escalas media y superior) y Cuerpo de Músicas Militares (Escalas básicas y superior): Treinta y un años, excepto para militares de carrera, que se establece en treinta y seis años.

Art. 16. *Condiciones particulares para la promoción interna.*—Los aspirantes a ingreso por promoción interna deberán reunir las condiciones particulares que se indican a continuación:

1. La promoción interna de las Escalas básicas a las medias y de las Escalas medias a las superiores de los Cuerpos Generales y de Especialistas de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina se realizará mediante convocatorias públicas por el sistema con concurso-oposición entre aquellos aspirantes que reúnan las siguientes condiciones:

Llevar al menos dos años de servicios efectivos en su Escala.

No haber alcanzado el tercer empleo en su Escala.

No cumplir o haber cumplido la edad de treinta y un años como máximo en el año en que se celebren las pruebas de ingreso.

2. Los militares de empleo de la categoría de Oficial que complementen las Escalas de los Cuerpos específicos de los Ejércitos no mencionados en el apartado siguiente podrán ingresar en los Centros docentes militares de formación, por medio de su participación en las convocatorias públicas por el sistema de concurso-oposición que se convoquen para los mismos, debiendo reunir las siguientes condiciones:

Llevar al menos dos años de servicios efectivos como militar de empleo.

No cumplir o haber cumplido la edad de treinta y un años como máximo dentro del año en que se celebren las pruebas de ingreso.

Para optar al ingreso en los Centros docentes militares de formación de grado medio se exigirá al menos estar en posesión o en condiciones de obtener los títulos que en el sistema educativo general se requieran para acceder a las Escuelas Universitarias que imparten los estudios de primer ciclo del nivel universitario. Igualmente, se exigirán al menos título de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico o Arquitecto Técnico para ingreso en los Centros docentes militares de formación de grado superior.

3. 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 de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas podrán ingresar en los Centros docentes militares de formación correspon-

dientes por medio de su participación en las convocatorias públicas por el sistema de concurso-oposición que se convoquen para los mismos, debiendo reunir las siguientes condiciones:

Poseer los títulos que para cada una de las Escalas y Cuerpos se determinen en el artículo 15 de este Reglamento.

Llevar al menos dos años de servicios efectivos como militar de empleo.

No cumplir o haber cumplido la edad de treinta y un años como máximo dentro del año en que se celebren las pruebas de ingreso.

4. Los militares de empleo de las clases de tropa y marinería profesionales podrán ingresar en los Centros docentes militares de formación de la Escala básica que complementan, participando en las convocatorias públicas por el sistema de concurso-oposición, en las que se les reservarán, al menos, un 60 por 100 de las plazas convocadas, y reuniendo las siguientes condiciones:

Haber alcanzado el empleo de Cabo.

No cumplir ni haber cumplido la edad de treinta y un años como máximo dentro del año en que se celebren las pruebas de ingreso.

Art. 17. *Condiciones particulares para el ingreso directo con titulación equivalente.*—También se podrá ingresar directamente en las Academias militares, en el cupo de plazas que para cada Escala fije el Gobierno, si se poseen las titulaciones equivalentes a los

diferentes grados de la enseñanza militar de formación, superando las correspondientes pruebas que se convoquen al efecto por el sistema de concurso-oposición, y no habiendo sobrepasado los treinta y un años de edad en el año en que se celebren dichas pruebas.

## CAPITULO VI

### **Condiciones para el acceso a militar de empleo**

Art. 18. *Condiciones particulares. Categoría de Oficial.*—El acceso a militar de empleo de la categoría de Oficial se realizará por los procedimientos y bajo las condiciones que a continuación se indican:

1. Acceso por concurso-oposición.—Para cubrir las plazas que se fijen se convocarán pruebas selectivas por el sistema de concurso-oposición, debiendo reunir los aspirantes las siguientes condiciones:

Haber cumplido el servicio militar en la forma de servicio para la formación de cuadros de mando, adscrito al Cuerpo y Escala correspondiente.

Poseer el título que se determine en la convocatoria.

No cumplir ni haber cumplido dentro del año en que se celebren las pruebas selectivas la edad de treinta y un años, como máximo.

2. Acceso por oposición libre.—Para cubrir las plazas que se determinen se convocarán pruebas selectivas por el

sistema de oposición libre. A estas pruebas podrán optar aquellos que, reuniendo las condiciones generales establecidas en el artículo 14 de este Reglamento, tengan la edad y posean el título que en cada convocatoria se establezcan. Los que superen las pruebas deberán realizar los períodos de formación y prácticas que establezcan las convocatorias, y que en todo caso se computarán como tiempo de servicio militar.

Art. 19. *Condiciones particulares. Categoría de Tropa y Marinería profesionales.*—El acceso a la condición de militar de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales se realizará mediante convocatoria pública para cubrir las plazas que se establezcan, por el sistema de concurso-oposición entre los voluntarios especiales que lo soliciten durante el tercer año de su servicio, contados a partir de su ingreso en filas, y posean la titulación o la especialidad que se determine en la convocatoria.

## CAPITULO VII

### Pruebas

Art. 20. *Instancias.*—1. Las instancias para participar en los procedimientos de ingreso se formularán en los impresos y con los sistemas de abono de derechos de examen que se establezcan en las correspondientes convocatorias. Deberán presentarse en el plazo de veinte días naturales a partir del siguiente al de la publicación de la convocatoria respectiva en el «Boletín Oficial del Estado» o «Boletín Oficial de Defensa».

2. Para ser admitido y, en su caso, tomar parte en la práctica de las pruebas selectivas correspondiente, bastará con que los aspirantes manifiesten en sus instancias que reúnen todas y cada una de las condiciones exigidas.

3. La autoridad convocante, por sí o a propuesta del Presidente del órgano de selección, deberá dar cuenta a las autoridades competentes de las inexactitudes o falsedades en que hubieran podido incurrir los aspirantes, a los efectos procedentes.

Art. 21. *Lista de admitidos y excluidos.*—1. Expirado el plazo de presentación de instancias, el Subsecretario de Defensa, o autoridad en que hubiera delegado, dictará resolución en el plazo máximo de un mes, declarando aprobada la lista de admitidos y excluidos.

La resolución se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en ella se indicarán:

a) Lista de aspirantes excluidos.

b) El plazo de subsanación que, en los términos del artículo 71 del Decreto 1408/1966, de 2 de junio, se concede a los aspirantes excluidos.

c) El lugar y fecha de comienzo de las pruebas y, en su caso, el orden de actuación de los aspirantes.

d) «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» en el que se publican las listas completas de aspirantes admitidos y excluidos.

2. La fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la aludida resolución será determinante de los plazos a efectos de posibles impugnaciones o recursos.

3. Los miembros de los órganos de selección se abstendrán de intervenir en el procedimiento selectivo si en ellos concurren circunstancias de las previstas en el artículo 21 del Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, e informarán de dicho extremo a la autoridad convocante. Los aspirantes podrán promover recusación de miembro o miembros de los órganos de selección, según lo previsto en el artículo 22 del citado Decreto.

4. Una vez comenzadas las pruebas selectivas no será obligatoria la publicación de los sucesivos anuncios de celebración de las restantes pruebas en el «Boletín Oficial del Estado». Estos anuncios deberán hacerse públicos por el órgano de selección, en los locales donde se han celebrado las pruebas anteriores con doce horas, al menos, de antelación al comienzo de la siguiente prueba, si se trata de la continuación del ejercicio en curso, o con veinticuatro horas de antelación si se trata de un nuevo ejercicio.

*Art. 22 Relaciones provisionales de aspirantes seleccionados.*—1. Una vez terminada la calificación de los aspirantes, los órganos de selección harán públicas las relaciones provisionales de los que resulten seleccionados, por orden de puntuación, no pudiendo rebasar su número el de plazas convocadas. El Presidente del órgano de selección elevará di-

chas relaciones al Subsecretario de Defensa o autoridad en que éste hubiera delegado. Cualquier propuesta que contravenga lo anteriormente establecido, será nula de pleno derecho.

2. Las resoluciones de los órganos de selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda revisarlas conforme a lo previsto en el artículo 109 y siguientes del Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en cuyo caso habrán de practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad.

## CAPITULO VIII

### **Nombramiento de los aspirantes seleccionados**

*Art. 23. Aportación de la documentación.*—Los aspirantes seleccionados aportarán ante el Director general de Enseñanza del Ministerio de Defensa, ante el Director general de la Guardia Civil, en su caso, o autoridades en que éstos hubieran delegado, dentro del plazo de veinte días naturales desde que se hagan públicas las relaciones de aspirantes seleccionados a que se refiere el artículo anterior, los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria. Quienes dentro del plazo indicado, y salvo los casos de fuerza mayor, no presentasen la documentación, no serán nombrados, quedando anuladas todas sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en su instancia.

Quien tuviera la condición de militar de carrera, de militar de empleo o de funcionario público estará exento de justificar los requisitos ya acreditados para obtener dicha condición, debiendo presentar únicamente certificación del Ministerio u organismo de quien dependa, acreditando su condición y las demás circunstancias que consten en su expediente personal.

**Art. 24. *Nombramiento de alumnos de los Centros docentes militares de formación.***—El Subsecretario de Defensa nombrará alumnos del Centro docente militar de formación que corresponda, a los aspirantes seleccionados: éstos seguirán las vicisitudes previstas en la convocatoria respectiva y en los reglamentos internos correspondientes.

La lista de los alumnos nombrados se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», en cuyo momento éstos adquirirán la condición militar.

**Art. 25. *Nombramiento de militares de empleo.***—Los aspirantes seleccionados que hayan accedido por los procedimientos establecidos en el apartado 1 del artículo 18 y en el artículo 19 de este Reglamento, previa firma del compromiso que prevea la convocatoria, serán nombrados militares de empleo por el Subsecretario de Defensa, iniciándose con este nombramiento el citado compromiso.

Igualmente designará a aquellos aspirantes seleccionados que hayan accedido por oposición libre, según se establece en el apartado 2 del artículo 18 de este Reglamento, para realizar el período de formación previsto en la convo-

catoria respectiva. Estos aspirantes, tras la superación de este período y la firma del compromiso que prevea la convocatoria, adquirirán la condición de militar de empleo.

Estos nombramientos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

**Primera. *Ingreso de militares profesionales en los Centros docentes militares de formación de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.***—El personal militar profesional que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, se hubiera presentado a alguna convocatoria para ingreso en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y no hubiese agotado el número máximo de oportunidades establecido en el artículo 14 del presente Reglamento, podrá optar a dicho ingreso siempre que cumpla las condiciones exigidas en los artículos 14 y 15, excepto en lo referente al límite máximo de edad que se establece como se expresa a continuación:

Treinta y cinco años para el perteneciente a las Escalas de Complemento y Reserva Naval, cualquiera que sea su categoría.

Cuarenta años para el que tenga un mínimo de diez años de servicios efectivos.

**Segunda. *Promoción interna de los oficiales de las Escalas medias a las superiores.***—Durante un período máximo de tres años, a partir de la entrada en vigor de lo dispuesto en las disposiciones adicionales sexta y décima de la

Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, se integran en las Escalas medias de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y de la Infantería de Marina podrán participar en las convocatorias para ingreso por promoción interna en los Centros docentes militares de formación de las Escalas superiores correspondientes sin atenerse a las condiciones que establece el apartado 1 del artículo 16 de este Reglamento, siempre que lleven al menos dos años de servicios efectivos en su nueva Escala o en la de procedencia.

*Tercera. Promoción interna de oficiales de complemento.*—Los oficiales de complemento que en virtud de lo que establece el apartado 2 de la disposición adicional décima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional hayan accedido a la condición de militar de empleo, podrán participar en las convocatorias de promoción interna a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 16 de este Reglamento sin atenerse a los límites de edad que en ellos se establecen.

*Cuarta. Ingreso de suboficiales y clases de tropa y marinería en los Centros docentes militares de formación de las Escalas Superiores.*—Hasta el año 1992 inclusive, los suboficiales y clases de tropa y marinería de los Ejércitos y de la Guardia Civil con más de cinco años de servicios efectivos antes del 31 de diciembre de 1990, podrán presentarse a los sucesivos procesos selectivos que se convoquen para ingreso en los Centros docentes militares de formación de las Escalas superiores de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del

de Infantería de Marina, hasta agotar el número de convocatorias establecido en el artículo 14 del Reglamento, siempre que no hayan superado la edad de treinta años en la fecha de iniciación de las pruebas.

*Quinta. Promoción interna de Suboficiales.*—Durante un período máximo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, 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 dicha Ley, se integran en las Escalas básicas de los Cuerpos correspondientes, reservarán a concurso restringido al menos el 50 por 100 de las plazas convocadas para aquellos a los que las condiciones estipuladas en el apartado 1 del artículo 16 de este Reglamento excluyan de dicho acceso por razón de empleo militar o edad.

El sistema selectivo será el de concurso. Las convocatorias, distribuidas a lo largo del período transitorio, se harán de forma que puedan solicitar su participación en ellas todos los que reúnan las condiciones citadas. Al concurso sólo serán admitidos hasta el número máximo de aspirantes por plaza que el Gobierno determine en la provisión de plazas para ingreso en los Centros docentes militares de formación en el año correspondiente. La designación se hará por orden de antigüedad de forma que cada uno tenga dos oportunidades de optar al mismo.

Las plazas que queden sin cubrir podrán acumularse al cupo fijado para el ingreso por concurso-oposición para la promoción interna que dispone el artículo 16.1 de este Reglamento.

Quienes, a causa de las condiciones exigidas en el apartado 1 del artículo 16 del presente Reglamento, sólo puedan optar por una sola vez al acceso a la enseñanza militar de grado medio por el procedimiento fijado en dicho artículo, tendrán derecho a una segunda opción de acceso por concurso, en la forma expresada en esta disposición transitoria.

*Sexta. Acceso de Suboficiales de complemento a los Centros de enseñanza militar de grado básico.*—Durante un período máximo de seis años, a partir de la entrada en vigor de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, los Suboficiales de las Escalas de complemento, declaradas a extinguir por el apartado 4 de la disposición adicional sexta de la citada Ley, que estén en situación de servicio activo y que lleven menos de seis años de servicios efectivos el 1 de enero de 1990, podrán optar 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. El sistema selectivo será el de concurso.

*Séptima. Límite de edad para el ingreso en los Centros docentes militares de formación de grado básico.*—Durante un período de dos años a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto, los aspirantes a ingreso en los

Centros docentes militares de formación de las Escalas básicas de los Cuerpos específicos de los Ejércitos podrán participar en los procesos selectivos que se convoquen de acuerdo con lo estipulado en este Reglamento, siempre que cumplan las condiciones exigidas en los artículos 14 y 15, excepto en lo referente al límite máximo de edad que se establece en veintiséis años.

*Octava. Ingreso de militares profesionales de la categoría de tropa y marinería en los Centros de enseñanza militar de grado básico.*—Durante un período máximo de ocho años, a partir de la entrada en vigor de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, los militares profesionales de la categoría de tropa y marinería a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional duodécima de esta Ley, podrán ingresar en los Centros docentes militares de formación de las Escalas básicas participando en los procesos selectivos que se convoquen de acuerdo con lo estipulado en este Reglamento, siempre que cumplan las condiciones exigidas en los artículos 14 y 16, excepto en lo referente al límite máximo de edad que se establece en treinta y cinco años.

*Novena. Tiempos mínimos de servicios efectivos para ingresos por promoción interna.*—Para el cómputo de servicios efectivos que se exigen en las diversas formas de ingreso por promoción interna reguladas en el artículo 16 de este Reglamento, para el personal que en virtud de lo establecido en las disposiciones adicionales sexta y décima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, regu-

ladora del Régimen del Personal Militar Profesional, se integran en otros Cuerpos o Escalas, se contabilizará el tiempo permanecido en la Escala de procedencia.

*Décima. Plazo para la publicación de las convocatorias correspondientes al*

*año 1990.*—Las convocatorias de los correspondientes sistemas selectivos de acceso para las plazas previstas en el año 1990, se publicarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento.

**MINISTERIO DE RELACIONES  
CON LAS CORTES Y DE LA  
SECRETARÍA DEL GOBIERNO**

23337

*REAL DECRETO 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa, en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.*

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, establece que los poderes públicos facilitarán la asistencia religiosa en los establecimientos militares.

La disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, prevé que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas mediante la creación del Servicio de Asistencia Religiosa y la aprobación de las normas sobre el régimen de personal del mismo.

Por otra parte la misma disposición final determina que la asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por el Arzobispo Castrense, en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, a la vez que se declaran a extinguir los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

Procede por tanto la creación del citado Servicio y, previo acuerdo con la representación de la Santa Sede, la regulación de las normas y condiciones en las que se ejercerá la asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Defensa, de Economía y Hacienda y de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de septiembre de 1990,

DISPONGO:

**CAPITULO PRIMERO**

**Del Servicio de Asistencia Religiosa  
en las Fuerzas Armadas**

Artículo 1.º Se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas adscrito a la Secretaría de Estado de Administración Militar, a través de la Dirección General de Personal.

Art. 2.º Los componentes del Servicio de Asistencia Religiosa ejercerán las funciones propias de su ministerio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, dentro del respeto al derecho constitucional de libertad religiosa y de culto.

Art. 3.º Los miembros del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas no tendrán la condición militar.

Art. 4.º Por el Secretario de Estado de Administración Militar se facilitarán los medios personales y materiales necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

## CAPITULO II

### **De la Asistencia Religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas**

Art. 5.º la asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por el Arzobispado Castrense en los términos del Acuerdo suscrito entre el Estado español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.

Art. 6.º El personal adscrito al Arzobispado Castrense tendrá como cometido la asistencia religioso-espiritual a quienes, perteneciendo a las Fuerzas Armadas o vinculados a las mismas, se relacionan en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede y en las normas que regulan el Arzobispado Castrense de España. En la realización de dichos cometidos dispondrán de plena libertad para el ejercicio de su ministerio.

Con independencia de lo anterior, dicho personal podrá colaborar, a requerimiento de las Autoridades y Mandos Militares, en tareas de carácter asistencial y de promoción cultural y humana.

Art. 7.º 1. Los sacerdotes que se incorporen al Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas quedarán vinculados, a efectos orgánicos, por una relación de servicios profesionales de carácter permanente o no perma-

nente en los términos previstos en el presente Real Decreto.

2. El Gobierno determinará el número de sus miembros a propuesta del Ministro de Defensa. De su número total, el 50 por 100 podrá tener la condición de permanente.

Art. 8.º 1. El acceso con carácter no permanente se realizará mediante la firma de un compromiso de una duración máxima de ocho años, rescindible transcurrido cada año de permanencia, a petición propia o a propuesta del Arzobispado Castrense.

2. Para el acceso con carácter permanente será necesario reunir las condiciones que se fijen en las convocatorias, entre las que figurarán haber prestado servicio con carácter no permanente durante tres años, y superar las pruebas que establezca el Ministro de Defensa a propuesta del Arzobispo Castrense.

Art. 9.º 1. La provisión de puestos se convocará por la Dirección General de Personal a propuesta del Arzobispo Castrense, que propondrá de entre los peticionarios a los que deban cubrirlos. Caso de no haber peticionarios propondrá a los que haya que designar con carácter forzoso.

2. La asignación de puestos corresponde al Secretario de Estado de Administración Militar o por delegación al Director General de Personal, a propuesta del Arzobispo Castrense.

El Arzobispo Castrense podrá proponer, en todo caso y por conveniencia

del servicio, el cese en el puesto de cualquier miembro.

Art. 10. Para el mejor desempeño de sus funciones, tanto en sus relaciones con las Autoridades correspondientes en el ámbito de las Fuerzas Armadas como a efectos de su participación en las actividades a que se refiere el artículo 6.º de este Real Decreto, los sacerdotes vinculados con una relación de carácter permanente tendrán la consideración de Oficiales Superiores y los vinculados por una relación de carácter no permanente la de Oficiales.

Art. 11. 1. El personal permanente puede hallarse en las situaciones de servicio activo, excedencia voluntaria y suspensión de funciones en la forma prevista en la ley articulada de funcionarios civiles aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y normas de desarrollo.

2. El cese del personal permanente se producirá por las siguientes circunstancias:

Por renuncia expresa.

Por pérdida de la nacionalidad española.

Por sanción disciplinaria de separación del servicio.

Por pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.

Por incapacidad permanente para el servicio.

Por jubilación forzosa al cumplir la edad para la misma en la Administración del Estado.

Por retirada de la misión canónica.

3. El personal no permanente cesará por las siguientes circunstancias:

Por renuncia expresa.

Por pérdida de la nacionalidad española.

Por sanción disciplinaria de separación del servicio.

Por pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.

Por incapacidad permanente para el servicio.

Por jubilación forzosa al cumplir la edad fijada para la misma en la Administración del Estado.

A propuesta del Arzobispo Castrense.

Por retirada de la misión canónica.

Art. 12. 1. El personal de carácter permanente del Arzobispado Castrense percibirá las siguientes retribuciones:

Las básicas serán las correspondientes a los funcionarios del grupo A.

El complemento de destino se percibirá en las siguientes cuantías:

Personal con más de veinticinco años de servicio, el correspondiente a nivel 28.

Personal con más de quince años de servicio, el correspondiente al nivel 26.

Resto de personal, el correspondiente a nivel 24.

El complemento específico será el determinado en las Disposiciones vigentes sobre Retribuciones en las Fuerzas Armadas para empleos militares de igual complemento de destino.

A propuesta del Arzobispo Castrense podrán asignarse a determinados puestos, en razón de su responsabilidad y consideración, los complementos específicos que se determinen, incompatibles con el anterior. Dicha asignación será aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y a iniciativa del Ministro de Defensa.

2. El personal no permanente percibirá el sueldo correspondiente a los funcionarios del grupo A en el porcentaje fijado para los funcionarios interinos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y no devengará trienios. El complemento de destino será el correspondiente al nivel 22 y el complemento específico el del empleo militar de igual complemento de destino.

3. También podrán percibir indemnizaciones por razón del servicio.

Art. 13. 1. Los sacerdotes del Arzobispado Castrense que se incorporen

al Servicio, tanto con carácter permanente como no permanente, serán afiliados al Régimen General de la Seguridad Social.

2. A estos efectos quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena en la siguiente forma:

a) La acción protectora será la correspondiente al Régimen General con las exclusiones de protección a la familia y desempleo.

b) La base y el tipo de cotización para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora serán los previstos en la legislación vigente para los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

c) Los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad social serán asumidos por el Ministerio de Defensa.

3. Cuando en el ejercicio de sus funciones requieran asistencia sanitaria podrán recibir dicha asistencia en las instalaciones hospitalarias del Ministerio de Defensa en igualdad de condiciones que el personal militar.

Art. 14. A los miembros del Arzobispado Castrense que se incorporen al Servicio les será de aplicación el régimen disciplinario vigente para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, establecido en el Reglamento aprobado por Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, con las salvedades siguientes:

Además de las previstas en el artículo 7 del citado Reglamento, son faltas graves, las siguientes:

a) Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, o realizar actos irrespetuosos contra la Constitución, la Bandera, el Escudo, el Himno Nacional, símbolos representativos de las Comunidades Autónomas y de las demás Instituciones del Estado, contra el Rey, el Gobierno, su Presidente o sus miembros, las Autoridades Civiles y Militares, los Parlamentarios o los representantes de otras Naciones.

b) Violar la neutralidad o independencia política en el desarrollo de sus funciones.

c) Expresar en el ejercicio de su ministerio y públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opiniones políticas o sindicales, o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

La incoación del procedimiento corresponde al Arzobispo Castrense, en todo caso.

El Arzobispo Castrense podrá proponer al Ministro de Defensa o Autoridad en quien delegue, la suspensión provisional de funciones, que no podrá exceder de seis meses.

Art. 15. 1. A los miembros de los Cuerpos declarados a extinguir por la disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profe-

sional, se les concede el derecho a optar en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto, entre integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas con carácter permanente o permanecer en los Cuerpos de procedencia, continuando, en este caso, con los mismos derechos y obligaciones.

La misma opción podrá ejercerse por el personal de los citados Cuerpos que se encuentran actualmente en la situación de reserva, a propuesta del Arzobispo Castrense.

2. El personal mencionado en el apartado anterior no se tomará en consideración a efectos de aplicación del porcentaje a que se refiere el párrafo 2 del artículo 7 de este Real Decreto, aunque sí se computará en el número total de miembros que se fije para el Servicio.

3. A los que opten por integrarse se les computará, a efecto de las pensiones que pudieran causar, la totalidad de los períodos cotizados por derechos pasivos y por Seguridad Social, de acuerdo con la normativa vigente en materia de reconocimiento de cuotas en el momento de causarse la correspondiente pensión.

Asimismo, se les computará el tiempo de servicio efectivo en sus Cuerpos de origen, a los efectos retributivos previstos en el artículo 12 de este Real Decreto.

Art. 16. Los Sacerdotes del Arzobispado Castrense en el ejercicio de sus funciones, en maniobras, ejercicios, en

buques de la Armada, instituciones sanitarias o en otras situaciones análogas, podrán utilizar la vestimenta adecuada sobre la que llevarán el distintivo que se determine; fuera de estas actividades, no usarán uniforme militar y estarán sometidos a las disposiciones que, en su caso, dicte el Arzobispo Castrense.

Art. 17. Los sacerdotes del Arzobispado Castrense integrados en el Servicio, tanto a los efectos de la consideración establecida en el artículo 10 de este Real Decreto, como en relación con la dignidad de su función, tendrán derecho al uso de las diversas dependencias, residencias y otras instalaciones del Ministerio de Defensa en igualdad de condiciones que el personal militar. Asimismo, en conexión con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 6.º, podrán participar en actividades y reuniones de las unidades en las que desempeñen sus funciones.

#### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—El Arzobispo podrá designar sacerdotes y religiosos que colaboren, a tiempo parcial y con carácter de complementariedad, con el personal adscrito al Arzobispo Castrense, en los términos previstos en el anexo I, artículo VI del Acuerdo suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.

Estos sacerdotes y religiosos no serán, en ningún caso, miembros del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y, por tanto, no se les aplicarán los preceptos contenidos en el presente Real Decreto.

Segunda.—Los sacerdotes que, en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, hayan prestado servicios, durante al menos tres años, con capellanes contratados en colaboración temporal, podrán acceder directamente a las pruebas que se establezcan para la integración con carácter permanente, previa aceptación nominal a estos efectos por parte del Arzobispo Castrense.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Los Reglamentos que regulan los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir en la Ley 17/1989, seguirán en vigor, en lo que no se opongan al régimen previsto en la citada Ley, hasta la total extinción de los mismos.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Los Ministros de Defensa, de Economía y Hacienda y de Trabajo y Seguridad Social dictarán, en el ámbito de sus competencias, las normas necesarias para el desarrollo del presente Real Decreto a propuesta, en su caso, del Arzobispo Castrense.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 7 de septiembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno,  
VIRGILIO ZAPATERO GOMEZ.

## MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA

24962

*REAL DECRETO 1234/1990, de 11 de octubre, por el que regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los Centros docentes militares de formación.*

En el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en la redacción dada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, establece el derecho a causar pensiones o indemnizaciones a favor de quienes sufran lesiones, invalidantes o no, o de sus familiares, cuando aquéllos fallezcan como consecuencia del desempeño del servicio militar o de las actividades propias de los procesos de enseñanza militar.

Dicha disposición viene a contemplar las medidas iniciadas en los últimos años en orden a establecer un nivel de protección suficiente, que permita cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la incapacidad o fallecimiento acaecidos con ocasión o a consecuencia de accidentes producidos durante la prestación del servicio militar.

Por el presente Real Decreto se lle-

va a efecto, por una parte, el desarrollo reglamentario del indicado artículo, en aquellos aspectos que hagan posible su aplicación directa y práctica, estableciendo el procedimiento que sirva de cauce para acceder a los correspondientes beneficios que se prevén, dentro del régimen de Clases Pasivas del Estado, y, por otra, se atienden las reiteradas sugerencias efectuadas por el Defensor del Pueblo al respecto.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda e iniciativa del Ministro de Defensa, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de octubre de 1990,

DISPONGO:

### CAPITULO PRIMERO

#### Disposiciones generales

Artículo 1.º Quienes, cumpliendo el servicio militar en cualquiera de sus formas o siendo alumnos de Centros docentes militares de formación, sufran accidentes en acto de servicio por cuya virtud fallezcan, desaparezcan, se inutilicen o padezcan lesiones permanentes no invalidantes, causarán en su favor o en el de su cónyuge, hijos o padres derecho a prestaciones del régimen de

Clases Pasivas del Estado en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y en el presente Real Decreto.

Los alumnos de Centros docentes militares de formación que hayan ingresado en los mismos siendo militares de carrera o empleo tendrán los derechos pasivos correspondientes a su relación de servicios profesionales.

Art. 2.º 1. A los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por accidente en acto de servicio aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio militar o de los procesos de enseñanza en Centros docentes militares de formación.

2. Tendrán la consideración de accidentes en acto de servicio:

a) Los ocurridos con ocasión o como consecuencia de hechos que, aún siendo distintos a los del servicio habitual, se ejecuten en cumplimiento de órdenes recibidas.

b) Los acaecidos en acto de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con la condición militar de quien los realice.

c) Los que produzcan al ir o al volver del lugar de servicio.

3. Se entenderá que se han producido como consecuencia de accidente en acto de servicio, a efectos de su valoración:

a) Las enfermedades o defectos pa-

decidos con anterioridad a la incorporación del accidentado a las Fuerzas Armadas o a los Centros docentes militares de formación que se agraven como consecuencia del accidente, así como las que se contraigan con motivo de las actividades propias de la prestación del servicio militar o de los procesos de enseñanza en Centros militares de formación.

b) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el medio en que se haya situado el paciente para su curación siempre que se trate de establecimientos sanitarios militares o, siendo civiles, se haya autorizado el tratamiento en los mismos.

4. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son consecuencia de accidentes en acto de servicio las lesiones sufridas en el interior de los recintos militares.

5. No tendrán la consideración de accidentes en acto de servicio los debidos a dolo o imprudencia temeraria del accidentado.

6. La concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero no impedirá la calificación de un accidente como acaecido en acto de servicio.

Art. 3.º 1. Cuando el accidente en acto de servicio produzca la muerte o desaparición del interesado, se causará

derecho a pensión en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

2. Cuando el accidente, tras el tratamiento médico correspondiente, origine en el interesado lesiones que supongan reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsible definitivas, se causará derecho a pensión de invalidez en los términos previstos en los apartados siguientes:

a) Si la invalidez origina una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, se reconocerá derecho a pensión en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo citado.

b) Si la invalidez tiene su origen en lesiones de las señaladas en el grupo I del anexo a este Real Decreto que, sin incapacitar absolutamente al interesado para toda profesión u oficio, se presume dificultad grave para dedicarse a alguna actividad laboral en el futuro, se causará derecho a pensión extraordinaria en una cuantía igual al 70 por 100 de la que hubiese resultado de producirse una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio.

3. Cuando el accidente en acto de servicio produzca lesiones, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo que, sin llegar a constituir una invalidez de las reguladas en el número anterior, supongan una disminución o alteración de la integridad física del interesado y aparezcan recogidas en el grupo II del anexo a este Real Decreto, se causará derecho a una indemnización

por una sola vez, igual al resultado de aplicar el tanto por 100 señalado en dicho anexo a la lesión que corresponda al doble del haber regulador anual de la clase de Tropa y Marinería profesional señalado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

4. Cuando las lesiones que padezcan el accidentado no sean constitutivas de una incapacidad permanente y absoluta para toda profesión u oficio y no se encuentren especificadas en ninguno de los dos grupos del anexo, la calificación de las lesiones se realizará por analogía con otros casos que figuren en el mismo, a efectos de determinar la pensión o indemnización que corresponda según lo dispuesto en los números 2.b) y 3 precedentes.

Art. 4.º 1. La determinación de invalidez con derecho a pensión o la indemnización por lesiones vendrá dada directamente en función del tipo de lesión predominante.

2. Caso de coincidir dos o más lesiones de las que originan derecho a indemnización, cuando fuesen independientes entre sí, podrán acumularse resultando una cantidad indemnizatoria igual a la suma de las cantidades parciales.

## CAPITULO II

### Procedimiento

Art. 5.º Cuando el personal que estuviera prestando el servicio militar en cualquiera de sus formas o los alumnos de Centros docentes militares de for-

mación, sufrieran un accidente en acto de servicio, el Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de quien dependan participará los hechos al General o Almirante Jefe de la Región o Zona Militar, Región Aérea o Zona Marítima respectivo, con objeto de que, debidamente valorados los mismos por su asesoría jurídica, ordene la incoación, si procede, del correspondiente expediente.

En cualquier caso, el accidentado o quien se considere con derecho a alguna de las prestaciones reguladas en el presente Real Decreto, podrá solicitar directamente de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa la apertura del correspondiente expediente. Esta, apreciadas las circunstancias del caso, así lo ordenará y lo remitirá a la Autoridad que corresponda de las citadas en el párrafo anterior a efectos de que continúe la tramitación del expediente.

Art. 6.º La orden de incoación del expediente encabezará éste y contendrá la designación de un Oficial como encargado de su tramitación, el cual cuidará de formar el mismo con los siguientes documentos:

Copia de la filiación del interesado.

Certificación del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de quien dependa el accidentado, en el que se exprese si el acto que originó la inutilidad fue a consecuencia o no del servicio.

Parte que dio origen a la orden de incoación.

Acta del Tribunal Médico Regional, en la que se hará constar si la lesión es constitutiva de una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio o responde a alguna de las señaladas en el anexo, en cuyo caso deberá especificar exactamente la lesión o lesiones correspondientes.

Art. 7.º Completada la documentación a que se refiere el artículo anterior, se pondrá de manifiesto la misma al interesado para que, en un plazo no superior a diez días, alegue lo que estime oportuno o recurra, ante el Tribunal Médico Central correspondiente, el dictamen del Tribunal Médico Regional.

Art. 8.º Unidas las alegaciones y en su caso, el recurso anteriormente citado, el expediente se remitirá por conducto reglamentario a la Dirección General de Personal que solicitará, si procede, el dictamen del Tribunal Médico Central y ordenará la práctica de las actuaciones que considere necesarias para una mejor valoración de las circunstancias en que se produjeron los hechos.

Art. 9.º Caso de estimar la existencia de inutilidad física en acto de servicio, la Dirección General de Personal, previo informe de la Dirección General del Servicio Militar y de la Asesoría Jurídica General, propondrá al Ministro de Defensa la correspondiente resolución.

Dicha resolución contendrá la declaración de inutilidad física y el grado de la misma, así como el pase a la situación de retirado o, en su caso, el derecho a percibir una indemnización.

Art. 10. Caso de que la Dirección General de Personal no reconozca la inutilidad física o estime que la misma no se produjo en acto de servicio, resolverá directamente declarando no haber lugar al derecho a pensión o indemnización.

Art. 11. El plazo para la terminación del expediente no podrá ser superior a seis meses.

Art. 12. Contra la resolución del Ministro cabrá interponer recurso de reposición: contra la del Director General de Personal, recurso de alzada ante el Ministro. Dichos recursos ponen fin a la vía administrativa previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Art. 13. Por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa se hará el señalamiento de la pensión o indemnización correspondiente, procediéndose a la consignación del pago de las prestaciones y a la tramitación de la liquidación y alta en nómina por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, las Delegaciones y, en su caso, Administraciones del Ministerio de Hacienda.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—1. Los beneficiarios a quienes se les reconozca derecho a pensión, podrán solicitar la Tarjeta de Asistencia Sanitaria, conforme a la Orden 7/1988, de 3 de febrero, con todos los derechos inherentes a la misma.

2. En todo caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 217.3 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar,

quienes durante a prestación militar sufran lesiones recibirán, con carácter voluntario, asistencia sanitaria hasta la total curación de las mismas, con independencia de que hayan causado baja o no en filas.

Segunda.—La tramitación de la declaración de fallecimiento en acto de servicio se ajustará, en todo lo que sea de aplicación, a lo previsto en el presente Real Decreto, sustituyéndose el acta del Tribunal Médico por el certificado de defunción.

Sin perjuicio de lo anterior, las prestaciones que resulten de la declaración de fallecimiento se regirán por lo prevenido en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Tercera.—Siempre que el accidentado se encuentre fuera de su Unidad o en situación de reserva podrá ser reconocido por el Tribunal Médico más próximo al lugar de residencia, con independencia del Ejército que procedencia.

Cuarta.—En el supuesto de lesiones permanentes no invalidantes, o no determinantes de inutilidad absoluta para todo trabajo, causadas en acto de servicio, la indemnización o pensión que corresponda será incompatible con la percepción de cualquier otra indemnización o pensión que pudiera corresponder a través de algún régimen público de Previsión Social, siempre que traiga causa en los mismos hechos.

Quinta.—Lo dispuesto en el presente Real Decreto será de aplicación al personal que fallezca, desaparezca, se

inutilice o padezca lesiones permanentes no invalidantes, en el desempeño de los servicios a que se refiere el punto 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En todos aquellos casos en los que desde el 1 de enero de 1985 se hayan instruido o resuelto el correspondiente expediente de inutilidad física conforme a la Orden 21/1985, de 10 de abril, el beneficiario podrá solicitar, mediante instancia dirigida al Director General de Personal del Ministerio de Defensa, la aplicación de los beneficios previstos en el presente Real Decreto.

Siempre que el interesado haya percibido alguna cantidad en concepto de indemnización o pensión, con relación a la inutilidad física que padezca, aquélla se computará para su reducción con relación al haber que ahora se le señale.

Segunda.—Para el ejercicio del derecho reconocido en la disposición anterior, se concederá un plazo de seis meses, contados a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Por el Ministro de Defensa, de acuerdo con el Ministro del In-

terior, se dictarán las disposiciones de desarrollo que permitan la adaptación del capítulo II del presente Real Decreto, para su aplicación a la estructura de la Guardia Civil.

Segunda.—Por el Ministro de Asuntos Sociales, de acuerdo con el Ministro de Defensa, se dictarán las disposiciones de desarrollo que permitan la adaptación del capítulo II del presente Real Decreto para su aplicación a la estructura y Estatutos de la Cruz Roja.

Tercera.—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se adoptarán las previsiones presupuestarias necesarias para la efectividad de lo previsto en el presente Real Decreto.

Cuarta.—Se faculta a los Ministros de Economía y Hacienda y de Defensa para dictar cuantas disposiciones sean necesarias en aplicación del presente Real Decreto.

Quinta.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 11 de octubre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Economía y Hacienda,  
CARLOS SOLCHAGA CATALAN

## ANEXO

### **Grupo primero: Pensión 70 por 100 de la correspondiente a la inhabilitación absoluta**

#### *Afectaciones generales*

- Quemaduras extensas de 1.<sup>er</sup>, 2.<sup>o</sup> ó 3.<sup>er</sup> grado que afecten a una superficie corporal superior al 30 por 100 o a órganos profundos.

#### *Sistema nervioso*

- Hemiplejía completa.
- Paraplejía de miembros inferiores.
- Tetraparesia que no permita la marcha sin apoyos.
- Focos epilépticos de origen traumático y evolución progresiva.
- Afasia completa.

#### *Aparato circulatorio*

- Infarto de miocardio con angor incapacitante.
- Incapacidad funcional cardíaca severa.

#### *Aparato locomotor*

- Amputación de ambos miembros inferiores por cualquiera de sus segmentos.
- Amputación o atrofia total de miembro superior dominante con impotencia absoluta.

#### *Aparato de la visión*

- Pérdida completa de la visión de un ojo y de 25 por 100 del otro.

#### *Aparato genitourinario*

- Nefrectomía bilateral.

#### *Aparato digestivo*

- Ano contra-natura de intestino delgado que requiera soporte nutricional.

## **Grupo segundo: Indemnización porcentual sobre el doble del haber regulador**

### *Afectaciones generales*

- 80 por 100 Diabetes mellitus como consecuencia exclusiva y directa del accidente.
- 40 por 100 Cicatrices queloides superiores a 10 cm con afectación antiestética marcada.
- 40 por 100 Trastornos nutritivos por cuadro postraumático permanente.
- 40 por 100 Esplenectomía.
- 20 por 100 Cicatrices queloides superiores a 5 cm con afectación antiestética marcada.
- 10 por 100 Cicatriz hipertrófica o queloidea no superior a 5 cm<sup>2</sup> o 12 cm de trayectoria lineal.

### *Sistema nervioso central y sus cubiertas y sistema nervioso periférico*

- 100 por 100 Monoplejía de miembro inferior.
- 80 por 100 Parálisis completa del tronco ciático por causa directa del traumatismo.
- 60 por 100 Parálisis proximal asociada del nervio mediano y del nervio cubital.
- 60 por 100 Parálisis de nervio hipogloso bilateral.
- 60 por 100 Parálisis del nervio radial por lesión superior a la rama del tríceps.
- 60 por 100 Algia continua y permanente del nervio trigémino.
- 40 por 100 Parálisis de bóveda palatina con trastornos de fonación.
- 40 por 100 Parálisis radicular superior de plexo braquial.
- 40 por 100 Parálisis radicular inferior de plexo braquial.
- 40 por 100 Parálisis del nervio crural.
- 40 por 100 Brecha de bóveda craneal superior a 25 cm<sup>2</sup> con latidos de duramadre e impulsos por esfuerzo.
- 40 por 100 Parálisis de tronco facial.
- 40 por 100 Parálisis combinada del ciático poplíteo interno y externo.
- 20 por 100 Paresia del nervio isquiático.
- 20 por 100 Parálisis del nervio tibial.
- 20 por 100 Parálisis del nervio glossofaríngeo.
- 20 por 100 Parálisis unilateral del nervio hipogloso.
- 20 por 100 Neuritis de miembro superior persistente de origen traumático con trastornos tróficos.
- 20 por 100 Parálisis del nervio circunflejo.
- 20 por 100 Parálisis del V par sin afectación de la agudeza visual.
- 20 por 100 Paresia permanente del nervio ciático.
- 20 por 100 Neuritis de miembro inferior y origen traumático con trastornos reflejos.

- 20 por 100 Pérdida de sustancia de bóveda palatina y velo del paladar.
- 20 por 100 Fractura de bóveda craneal con craneoplastia.
- 20 por 100 Foco epiléptico residual de origen traumático.
- 20 por 100 Síndrome cerebeloso unilateral con escaso trastorno funcional.
- 20 por 100 Parálisis del nervio cubital.
- 20 por 100 Parálisis de la rama temporal del nervio facial.
- 10 por 100 Parálisis de la rama mandibular del nervio facial.
- 10 por 100 Algia permanente del nervio glossofaríngeo.
- 10 por 100 Alteraciones de la personalidad de evolución crónica por acción traumática.
- 10 por 100 Síndrome depresivo reactivo y recidivante con incapacidad sociolaboral por acción directa del traumatismo.
- 10 por 100 Pérdida de sustancia ósea en bóveda craneal con fondo fibroso.

#### *Aparato circulatorio*

- 100 por 100 Incapacidad funcional cardíaca moderada.
- 100 por 100 Insuficiencia vascular periférica con claudicación intermitente en menos de 50 metros.
- 80 por 100 Insuficiencia vascular periférica con claudicación intermitente y trastornos tróficos marcados.
- 60 por 100 Incapacidad funcional cardíaca ligera.
- 40 por 100 Estasis venoso bilateral con alteraciones tróficas importantes.

#### *Aparato respiratorio*

- 100 por 100 Insuficiencia respiratoria superior al 50 por 100 como consecuencia directa de traumatismo.
- 80 por 100 Estenosis de laringe con cánula traqueal. Traqueotomía permanente.
- 60 por 100 Estenosis cicatricial de laringe con trastornos asociados: Disnea y disfonía permanente.
- 60 por 100 Pérdida de nariz con estenosis nasal.
- 60 por 100 Alteración bronquial con déficit ventilatorio entre el 30 por 100 y el 50 por 100 en condiciones de reposo.
- 40 por 100 Estenosis de faringe superior con pérdida auditiva bilateral.
- 40 por 100 Muñón nasal cicatricial con estenosis nasal.
- 40 por 100 Estenosis cicatricial de laringe con disfonía permanente.
- 40 por 100 Lesión traqueal con estenosis y signos asociados permanentes.
- 40 por 100 Alteración bronquial con déficit ventilatorio entre el 30 por 100 y el 50 por 100.
- 40 por 100 Sinusitis traumática bilateral de evolución crónica.
- 20 por 100 Lesión estenosante endonasal con mutilación exterior.

### *Aparato digestivo*

- 100 por 100 Amputación total de la lengua.
- 100 por 100 Pérdida de maxilar superior con comunicación buconasal.
- 100 por 100 Pérdida total de maxilar inferior.
- 100 por 100 Desestructuración perineal con pérdida de esfínter anal y estenosis uretral.
- 80 por 100 Lesión hepática con alteraciones metabólicas y circulatorias de evolución crónica.
- 80 por 100 Ano contra-natura de intestino delgado que no requiera soporte nutricional.
- 80 por 100 Pérdida de esfínter anal con prolapso.
- 60 por 100 Ano contra-natura de intestino grueso.
- 60 por 100 Hernia diafragmática de origen traumático.
- 40 por 100 Estenosis esofágica con trastornos de su función motora.
- 40 por 100 Estenosis pilórica.
- 40 por 100 Fístula de intestino delgado.
- 40 por 100 Fístula de vías biliares.
- 40 por 100 Pérdida completa de dientes superiores e inferiores y sus correspondientes alveolos.
- 40 por 100 Síndrome posgastrectomía de origen traumático.
- 20 por 100 Hernia de hiato esofágico.
- 10 por 100 Pérdida completa de la arcada dentaria, con prótesis tolerada.

### *Aparato locomotor*

- 130 por 100 Amputación o atrofia total de miembro superior, con impotencia absoluta.
- 130 por 100 Pérdida de la mano o amputación del tercio distal del antebrazo.
- 130 por 100 Pérdida total de la mano por amputación intercarpiana o desarticulación de los cinco metacarpianos.
- 130 por 100 Amputación de un miembro inferior a nivel inferior subtrocantéreo o superior a la articulación tibio-tarsiana.
- 100 por 100 Desarticulación del codo o del hombro, como consecuencia directa del traumatismo.
- 100 por 100 Amputación de ambos pulgares.
- 80 por 100 Amputación de cuatro dedos y pulgar móvil.
- 80 por 100 Amputación del pulgar e índice y sus metacarpianos.
- 80 por 100 Osteitis u osteomielitis vertebral crónica, con lesiones medulares.
- 80 por 100 Anquilosis de ambas caderas.
- 80 por 100 Fractura de pelvis, con trastorno paralítico o complicación urinaria, como consecuencia directa de traumatismo.
- 60 por 100 Pseudoartrosis de cadera.

- 60 por 100 Acortamiento de miembro inferior con atrofia y rigidez articular.
- 60 por 100 Pseudoartrosis tibio-peronea.
- 60 por 100 Anquilosis del hombro, con fijación de la escápula.
- 60 por 100 Amputación o desarticulación de los dedos índice, medio y anular y sus metacarpianos.
- 40 por 100 Amputación de tres dedos y sus metacarpianos correspondientes.
- 40 por 100 Fractura vertebral, con cifoescoliosis permanente, superior a 30°.
- 40 por 100 Espondilosis traumática por acción directa del accidente.
- 40 por 100 Fractura de esternón o múltiples costillas, con consolidación viciosa y trastornos de la movilidad o neuritis crónica.
- 40 por 100 Pseudoartrosis de maxilar superior, con movilidad limitada y posibilidad de masticación.
- 40 por 100 Amputación de un pulgar.
- 40 por 100 Pseudoartrosis completa del cuerpo mandibular, con posibilidad de masticación.
- 40 por 100 Anquilosis del codo (húmero-cubital), completa.
- 40 por 100 Anquilosis de muñeca en flexión, pronación y supinación completa.
- 40 por 100 Amputación mediotarsiana o subastragalina.
- 40 por 100 Anquilosis rotuliana bilateral.
- 40 por 100 Enfermedad de Dupuytren.
- 40 por 100 Limitación de movimientos de cadera consecutiva a sobrecarga por disimetría u otras lesiones traumáticas del miembro contralateral.
- 40 por 100 Desarticulación tibio-tarsiana.
- 40 por 100 Atrofia total de musculatura del miembro inferior.
- 20 por 100 Atrofia total de musculatura anterior del miembro inferior.
- 20 por 100 Atrofia del tendón de Aquiles.
- 20 por 100 Deformación escafoidea de evolución crónica por acción directa del traumatismo.
- 20 por 100 Pie zambo traumático.
- 20 por 100 Amputación de las dos falanges del primer dedo del miembro inferior.
- 20 por 100 Amputación de tres metatarsianos.
- 20 por 100 Deformación astragalina de evolución crónica.
- 20 por 100 Limitación de los treinta últimos grados del movimiento tibio-tarsiano.
- 20 por 100 Anquilosis rotuliana en posición no forzada.
- 20 por 100 Ablación o pseudoartrosis rotuliana.
- 20 por 100 Hidroartrosis crónica rotuliana.
- 20 por 100 Amputación de las tres falanges del dedo índice.
- 20 por 100 Inestabilidad rotuliana por lesiones traumáticas ligamentosas irreversibles.

- 20 por 100 Luxación irreductible de pubis.
- 20 por 100 Pseudoartrosis de rodilla.
- 20 por 100 Hernia bilateral de esfuerzo inguinal.
- 20 por 100 Hernia epigástrica.
- 20 por 100 Anquilosis de muñeca en extensión y pronación con rigidez de los dedos.
- 20 por 100 Supresión de movimientos de torsión del antebrazo con inmovilidad en pronación y supinación.
- 20 por 100 Anquilosis de codo completa con conservación de movimiento de torsión.
- 20 por 100 Pseudoartrosis a nivel próximo-medial del brazo.
- 20 por 100 Luxación temporo-maxilar recidivante irreductible.
- 20 por 100 Luxación recidivante de la articulación escapulo-humeral.
- 20 por 100 Callo de fractura de clavícula, con secuela de algias y parestias.
- 20 por 100 Limitación de movimientos de la articulación del hombro con atrofia marcada.
- 20 por 100 Pseudoartrosis de cuerpo maxilar inferior sin repercusión marcada de la actividad masticatoria.
- 20 por 100 Rigidez metacarpofalángica del pulgar.
- 20 por 100 Rigidez articular de los cuatro últimos dedos en flexión.
- 20 por 100 Callo por consolidación viciosa del metacarpo, con dificultad motriz.
- 20 por 100 Fractura vertebral con dolor y limitación de movimientos.
- 20 por 100 Anquilosis en supinación de antebrazo.
- 10 por 100 Anquilosis de articulaciones que no comprometan movimientos principales.
- 10 por 100 Pie plano traumático.
- 10 por 100 Deformación traumática del calcáneo.
- 10 por 100 Tarsalgia crónica por exóstosis calcánea.
- 10 por 100 Anquilosis de los dedos del pie en posición forzada por causa traumática.
- 10 por 100 Amputación de falange terminal del primer dedo del miembro inferior.
- 10 por 100 Amputación de falanges distales de los restantes dedos del miembro inferior.
- 10 por 100 Hernia inguinal unilateral.
- 10 por 100 Artrosis lumbo-sacro-iliaca de origen traumático.
- 10 por 100 Fractura parcial de raquis tendente a artrosis degenerativa.
- 10 por 100 Luxación recidivante de articulación temporo-maxilar con tratamiento quirúrgico.
- 10 por 100 Limitación de movimientos de flexión de antebrazo y muñeca.
- 10 por 100 Callo vicioso de cúbito y radio con limitación de los movimientos de flexión.

- 10 por 100 Callo fibroso del olécranon.
- 10 por 100 Luxación inveterada del codo.
- 10 por 100 Atrofia muscular de miembro superior sin anquilosis de articulaciones.
- 10 por 100 Rigidez metacarpiana e interfalángica con excepción del pulgar.
- 10 por 100 Amputación de falanges distales en los dedos tercero, cuarto o quinto.

#### *Aparato de la visión*

- 130 por 100 Ablación o atrofia de un globo ocular.
- 100 por 100 Catarata traumática bilateral.
- 100 por 100 Escotoma central bilateral.
- 80 por 100 Parálisis total de la musculatura ocular.
- 80 por 100 Ptosis palpebral total y bilateral.
- 60 por 100 Lagofthalmia con parálisis facial en ambos ojos.
- 60 por 100 Fístula bilateral con lesiones óseas de las vías lagrimales.
- 60 por 100 Afaquia bilateral.
- 60 por 100 Escotoma central unilateral.
- 40 por 100 Fístula unilateral con lesiones óseas de las vías lacrimales.
- 40 por 100 Ptosis palpebral unilateral completa.
- 40 por 100 Afaquia unilateral.
- 40 por 100 Reducción del campo visual de los dos ojos a 30°.
- 20 por 100 Oftalmoplejia interna unilateral.
- 20 por 100 Parálisis muscular periorbitaria.
- 20 por 100 Epifora bilateral.
- 20 por 100 Ptosis palpebral unilateral incompleta.
- 20 por 100 Lagofthalmia por parálisis facial.

#### *Aparato de la audición*

- 80 por 100 Hipoacusia bilateral.
- 60 por 100 Hipoacusia unilateral.
- 40 por 100 Cuadro vertiginoso residual de origen laberíntico.
- 40 por 100 Hipoacusia global no inferior al 30 por ciento.
- 20 por 100 Hipoacusia global no inferior al 15 por ciento.

#### *Aparato genitourinario*

- 130 por 100 Pérdida de ambos testículos.
- 130 por 100 Pérdida completa del pene.
- 130 por 100 Pérdida de matriz y/o anejos.
- 130 por 100 Nefrectomía unilateral.

- 100 por 100 Pérdida de ambas mamas.
- 80 por 100 Atrofia testicular y disfunción glandular.
- 80 por 100 Prolapso de matriz irreductible.
- 80 por 100 Pielonefrosis bilateral.
- 80 por 100 Alteraciones urinarias permanentes por fractura pélvica.
- 60 por 100 Pérdida de una mama.
- 60 por 100 Fístula vésico-rectal.
- 60 por 100 Pielonefrosis unilateral.
- 40 por 100 Fístula uretral o cistitis crónica con sondaje permanente.
- 20 por 100 Prolapso de pared vaginal de origen traumático.
- 20 por 100 Estenosis uretral con alteración funcional.

Siempre que la lesión se produzca en un miembro superior dominante, se incrementará la indemnización en un 20 por 100.

**LEY 31/1990, DE 27 DE  
DICIEMBRE, DE  
PRESUPUESTOS GENERALES  
DEL ESTADO PARA 1991**

**SÉPTIMA**

**Indemnizaciones a favor de los  
familiares de quienes hayan  
fallecido como consecuencia de la  
prestación del servicio militar desde  
el 1 de enero de 1985 hasta el 31  
de diciembre de 1990**

Uno. Quienes hubieran fallecido como consecuencia de la prestación del servicio militar, desde el 1 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1990, sin haber casado derecho a pensión, según lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, cau-

sarán derecho a una indemnización por importe de 2.000.000 de pesetas, en favor de los familiares y según el orden preferencial que a continuación se expresa:

1. Cónyuge con el que mantuviera el vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento.
2. Hijos.
3. Padres.

Dos. El reconocimiento y abono de estas indemnizaciones corresponderá al Ministerio de Defensa, sin perjuicio de la correspondiente información a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, para su conocimiento.

## MINISTERIO DE DEFENSA

27376

*REAL DECRETO 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.*

El título V de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, establece en su capítulo 1 las condiciones para la adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera y en su capítulo 6 las situaciones administrativas en que puede encontrarse. El título VI determina en qué situaciones administrativas de las anteriormente expresadas puede encontrarse el militar de empleo, así como el régimen jurídico de su relación de servicios. Tanto en un caso como en otro es necesario proceder a su desarrollo reglamentario.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 8 de noviembre de 1990.

### DISPONGO:

Artículo único.—Se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de si-

tuaciones administrativas del personal militar profesional, cuyo texto se inserta a continuación.

### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas las siguientes disposiciones, entre las que se incluyen las que, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, habiendo tenido rango de Ley, han continuado en vigor con carácter reglamentario:

Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, que regula las situaciones militares de los tres Ejércitos.

Orden 110/1981, de 31 de julio, que desarrolla el Real Decreto 734/1979.

Ley 20/1981, de 6 de julio, de creación de la situación de la reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal militar, modificada por Real Decreto-ley 13/1984, de 12 de diciembre, y Ley 51/1984, de 26 de diciembre.

Real Decreto 1611/1981, de 24 de julio, que desarrolla la Ley 20/1981 de creación de la reserva activa.

Real Decreto 110/1982, de 15 de enero, que modifica el artículo 4.º del Real Decreto 1611/1981.

Orden 101/1982, de 6 de julio, que dicta normas para la aplicación de la Ley 20/1981.

Orden 108/1982, de 21 de julio, sobre situación administrativa del personal militar designado para cursar estudios a fin de ingresar en Ejército distinto al de su procedencia.

Real Decreto 3926/1982, de 15 de diciembre, por el que se determina el tiempo mínimo que ha de permanecer en situación de actividad el personal de las Fuerzas Armadas que efectúe cursos.

Orden 72/1983, de 18 de octubre, que modifica la Orden de 6 de julio de 1982, que dicta normas para la aplicación de la Ley de 6 de julio de 1981 de creación de la reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal profesional.

Real Decreto 3125/1983, de 14 de diciembre, de medidas complementarias para el desarrollo de la Ley 20/1981.

Real Decreto 1128/1985, de 3 de julio, que modifica el artículo 8 del Real Decreto 1611/1981.

Orden 64/1988, de 1 de septiembre, por la que se modifica el artículo 2 de la Orden 101/1982.

2. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

3. Lo dispuesto en los números anteriores se entenderán sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria decimotercera del Reglamento.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se autoriza al Ministro de Defensa para dictar cuantas disposiciones sean necesarias en desarrollo del presente Real Decreto.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de diciembre de 1990.

Dado en Madrid a 8 de noviembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Defensa,  
NARCIS SERRA I SERRA

**REGLAMENTO GENERAL DE  
ADQUISICION Y PERDIDA DE  
LA CONDICION DE MILITAR Y  
DE SITUACIONES  
ADMINISTRATIVAS DEL  
PERSONAL MILITAR  
PROFESIONAL**

**INDICE**

**TITULO PRIMERO**

**Adquisición y pérdida de la condición  
de militar de carrera y de militar de  
empleo**

**CAPITULO PRIMERO.  
DEL MILITAR DE CARRERA**

- Artículo 1. Adquisición de la condición.
- Artículo 2. Escalafonamiento.
- Artículo 3. Pérdida de la condición.
- Artículo 4. Condiciones para la renuncia.
- Artículo 5. Procedimiento.
- Artículo 6. Efectos.
- Artículo 7. Retiro.
- Artículo 8. Derechos del retirado.

**CAPITULO SEGUNDO.  
DEL MILITAR DE EMPLEO**

- Artículo 9. Adquisición de la condición.
- Artículo 10. Compromiso.
- Artículo 11. Primer empleo.
- Artículo 12. Juramento o promesa.
- Artículo 13. Finalización del compromiso.
- Artículo 14. Resolución del compromiso.

Artículo 15. Procedimiento para la resolución.

**TITULO SEGUNDO**

**Situaciones administrativas**

**CAPITULO PRIMERO.**

**DISPOSICIONES COMUNES**

- Artículo 16. Situaciones administrativas.
- Artículo 17. Limitación al cambio de situación administrativa.
- Artículo 18. Publicidad.
- Artículo 19. Retribuciones.
- Artículo 20. Incompatibilidades.

**CAPITULO SEGUNDO.  
SERVICIO ACTIVO**

- Artículo 21. Situación de servicio activo.
- Artículo 22. Prisionero o desaparecido.
- Artículo 23. Pérdida temporal de condiciones psicofísicas.

**CAPITULO TERCERO.  
DISPONIBLE**

- Artículo 24. Situación de disponible.
- Artículo 25. Efectos.

**CAPITULO CUARTO.  
SERVICIOS ESPECIALES**

- Artículo 26. Situación de servicios especiales.

- Artículo 27. Misiones internacionales.
- Artículo 28. Concesión por interés para la defensa.
- Artículo 29. Efectos.
- Artículo 30. Concesión.

#### CAPITULO QUINTO. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

- Artículo 31. Situación de excedencia voluntaria.
- Artículo 32. Tiempos mínimos de servicios.
- Artículo 33. Ingreso en otro Cuerpo de la Administración.
- Artículo 34. Consideración de candidato.
- Artículo 35. Miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos.
- Artículo 36. Ingreso en otra Escala.
- Artículo 37. Cuidado de hijo.
- Artículo 38. Permanencia en la situación.
- Artículo 39. Inmovilización en el escalafón.
- Artículo 40. Efectos.
- Artículo 41. Concesión.

#### CAPITULO SEXTO. SUSPENSO DE EMPLEO

- Artículo 42. Situación de suspenso de empleo.
- Artículo 43. Efectos.
- Artículo 44. Pase a la situación.

#### CAPITULO SEPTIMO. SUSPENSO DE FUNCIONES

- Artículo 45. Situación de suspenso de funciones.
- Artículo 46. Procedimientos.
- Artículo 47. Notificación.
- Artículo 48. Efectos de la suspensión de funciones.
- Artículo 49. Suspensión de funciones temporal.

#### CAPITULO OCTAVO. RESERVA

- Artículo 50. Situación de reserva.
- Artículo 51. Reserva por tiempo de permanencia en el empleo.
- Artículo 52. Reserva a petición propia.
- Artículo 53. Reserva por edad.
- Artículo 54. Reserva por decisión del Gobierno.
- Artículo 55. Resolución.
- Artículo 56. Efectos.
- Artículo 57. Cambio de situación.
- Artículo 58. Movilización.

#### CAPITULO NOVENO. SITUACIONES DEL MILITAR DE EMPLEO

- Artículo 59. Ambito y clases.
- Artículo 60. Reserva o licencia absoluta.

#### CAPITULO DECIMO. RECURSOS

- Artículo 61. Recursos.

## TITULO PRIMERO

### Adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera y de militar de empleo

#### CAPITULO PRIMERO

##### Del militar de carrera

Artículo 1.º *Adquisición de la condición.*—1. De acuerdo con lo que dispone el artículo 63 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (en adelante la Ley), 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, según lo establecido en las Leyes.

3. El primer empleo militar se obtiene mediante la superación del plan de estudios del Centro docente militar de formación correspondiente.

Art. 2.º *Escalafonamiento.*—La calificación obtenida al concluir la enseñanza militar de formación determinará el orden de escalafón. Este sólo podrá alterarse por aplicación de los sistemas de ascenso, de las leyes penales y disciplinarias y de lo establecido en este Reglamento.

Art. 3.º *Pérdida de la condición.*—La condición de militar de carrera se perderá por alguna de las causas siguientes:

a) En virtud de renuncia, siempre que se reúnan las condiciones que se determinan en el artículo siguiente.

b) Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de este Reglamento.

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.

f) Por la ausencia del destino sin causa justificada por un período superior a seis meses.

Art. 4.º *Condiciones para la renuncia.*—1. La pérdida de la condición de militar de carrera en virtud de renuncia

Cuerpos	Cuerpos Generales y de Especialistas de los Ejércitos y de Infantería de Marina	Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas	Cuerpos de Ingenieros e Intendencia de los Ejércitos
Escala Superior.....	8	5	4
Escala Media.....	5	4	—
Escala Básica .....	4	3	—

se producirá cuando se reúnan las siguientes condiciones:

Primera.—Tener cumplidos los tiempos de servicios efectivos desde el acceso a la condición de militar de carrera que se señalan, en años, en el cuadro siguiente:

Para los pertenecientes a cualquier Escala que al acceder al primer empleo de la misma ostenten u obtengan la aptitud para el vuelo, el Ministro de Defensa fijará el tiempo de servicios efectivos entre ocho y quince años, según las necesidades del planeamiento de la defensa militar.

Segunda.—No estar sometido a procedimiento judicial o expediente disciplinario ni cumpliendo sanciones impuestas a resultas de los mismos.

Tercera.—Tener cumplidos los tiempos de servicios efectivos que se señalan a continuación, desde la finalización de los cursos de perfeccionamiento o del nivel de Altos Estudios Militares que, a propuesta del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Secretario de Estado de Administración Militar, Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y teniendo en cuenta criterios de coste, duración e importancia del curso desde el punto de vista de las necesidades de planeamiento de la defensa militar, el Ministro de Defensa incluya en cada una de las categorías que se indican:

Categoría A: Un año.

Categoría B: Dos años.

Categoría C: Tres años.

Categoría D: Cuatro años.

Categoría E: Cinco años.

Para la aplicación de lo señalado en esta condición se tendrán en cuenta las siguientes prescripciones:

a) Todos los cursos que supongan por primera vez aptitud para el vuelo conllevarán un tiempo de servicios efectivos mínimo de ocho años. El Ministro de Defensa podrá aumentar este tiempo hasta un máximo de quince años cuando las necesidades del planeamiento de la defensa militar así lo exijan.

b) Cuando voluntariamente el interesado no finalizase un curso, el tiempo de servicios efectivos mínimos será proporcional al tiempo permanecido en el mismo.

c) En la convocatoria correspondiente a cada curso figurará expresamente la duración del tiempo de servicios efectivos mínimo.

d) Los tiempos de servicios efectivos señalados no son de aplicación al personal que realice cursos de capacitación para el desempeño de cometidos de categoría o empleo superiores.

e) En caso de concurrir algún tiempo de servicios efectivos de permanencia por cursos con los tiempos de servicios efectivos exigidos por la condición primera, no se producirá una acumulación de los períodos de tiempo, prevaleciendo únicamente el que suponga una mayor permanencia en el servicio activo.

Cuarta.—Para la determinación de los tiempos de servicios efectivos mínimos, desde la finalización de los cursos de formación para ingreso en otra Es-

cala a efectos de la pérdida de la condición de militar de carrera, se seguirá el procedimiento establecido en la condición tercera.

2. Por Acuerdo del Consejo de Ministros, cuando las necesidades del planeamiento de la defensa militar lo permitan, se podrán reducir los tiempos fijados en este artículo.

Art. 5.º *Procedimiento*.—1. La pérdida de la condición de militar de carrera por las causas a) y f) del artículo 3.º de este Reglamento será acordada por el Ministro de Defensa. A tal efecto el Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente incoará, de oficio o a instancia de parte, el correspondiente expediente, elevando propuesta motivada al Ministro de Defensa, por conducto del Secretario de Estado de Administración Militar, para la resolución que proceda.

2. Cuando se den por cumplidas las causas b), c), d) y e) del citado artículo 3.º, el Director general de Personal acordará la publicación en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» de la pérdida de la condición de militar de carrera.

3. En el caso del punto f) del artículo 3.º, el expediente se iniciará, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiera lugar, cuando hayan transcurrido seis meses desde la ausencia injustificada. Declarada la pérdida de la condición de militar de carrera, si con posterioridad apareciese el interesado y del expediente se dedujesen razones justificadas para la ausencia, recuperará la condición de militar en el Cuerpo o Escala de procedencia, pasando a la situa-

ción de disponible y podrá computarse válido a todos los efectos el tiempo permanecido fuera de las Fuerzas Armadas. En todo caso, si la ausencia se debiera a circunstancias propias de la condición de prisionero o desaparecido, se resolverá declarando tal condición.

Art. 6.º *Efectos*.—La pérdida de la condición de militar de carrera tendrá carácter definitivo, salvo lo dispuesto en el artículo 5.º 3 de este Reglamento, y no impedirá la aplicación, en su caso, de las normas sobre movilización. Asimismo, la pérdida de la condición de militar de carrera no privará de los derechos pasivos que hasta ese momento pudieran haberse adquirido para sí o los familiares, de acuerdo con la Legislación de Clases Pasivas.

Art. 7.º *Retiro*.—1. La relación de servicios profesionales en la función militar cesa en virtud de retiro, que se declarará de oficio por el Mando o Jefatura de Personal respectivo, al cumplir la edad de jubilación forzosa fijada con carácter general en la Administración Civil del Estado.

2. Los Oficiales generales podrán pasar a retiro, a petición propia, siempre que tengan cumplidos treinta años de servicio efectivos desde la adquisición de la condición de militar de carrera.

3. En todos los casos, la declaración de retiro de los Oficiales Generales será competencia del Ministro de Defensa.

4. Pasará directamente a retirado el personal militar que al corresponderle pasar a la situación de reserva por cual-

quiera de las causas prevista en los artículos 50, 53 y 54 de este Reglamento, no cuente con veinte años de servicios efectivos desde la adquisición de la condición de militar de carrera.

**Art. 8.º *Derechos de retirado.***—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.

## CAPITULO II

### **Del militar de empleo**

**Art. 9.º *Adquisición de la condición.***—Quien hubiera contraído compromiso firme adquirirá la condición de militar de empleo por nombramiento del Secretario de Estado de Administración Militar, publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

**Art. 10. *Compromiso.***—1. Los militares de empleo de la categoría de Oficial procedentes del servicio militar para la formación de cuadros de mando y los de la categoría de tropa y marinería profesionales formalizarán su compromiso en el momento que superen las pruebas de acceso. El compromiso inicial no podrá ser inferior a dos años.

2. Los militares de empleo de la categoría de Oficial que ingresen a través del sistema de oposición libre for-

malizarán su compromiso una vez superado un período de formación. A los que causaren baja en este período, el tiempo transcurrido les será de abono, en su caso, como de servicio militar obligatorio. El compromiso inicial no podrá ser inferior a dos años.

3. El compromiso inicial podrá ser prorrogado a solicitud del interesado si concurren necesidades del servicio. Las prórrogas sucesivas al compromiso inicial deberán abarcar períodos mínimos de dos años. En todo caso su concesión corresponderá al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente previo informe favorable del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo donde preste sus servicios el militar de empleo.

4. En cualquier caso, el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas no podrá rebasar los ocho años; a estos efectos no se computará el tiempo correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio.

**Art. 11. *Primer empleo.***—1. El primer empleo efectivo como militar de empleo se obtendrá con el nombramiento a que hace referencia el artículo 9.º de este Reglamento.

2. En la categoría de tropa y marinería profesionales, será confirmación del que se posea como voluntario especial.

**Art. 12. *Juramento o promesa.***—Previamente a la adquisición de la condición de militar de empleo se deberá cumplir lo dispuesto en el artículo 1.º 2 de este Reglamento.

Art. 13. *Finalización del compromiso*.—El compromiso finaliza una vez transcurrido el tiempo por el que se contrajo o de las prórrogas, en su caso.

Art. 14. *Resolución del compromiso*.—1. El compromiso 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. También se resolverá el compromiso a petición del interesado cuando se den las condiciones siguientes:

Tener cumplido el compromiso inicial o las dos terceras partes de la primera o sucesivas prórrogas, y no estar sujeto a tiempo mínimo de servicios efectivos de permanencia contraído durante el mismo, y siempre que las necesidades del servicio no lo impidan.

No estar sometido a procedimiento judicial o expediente disciplinario ni cumpliendo sanciones impuestas a resultas de los mismos.

3. También será efectiva la resolución, sin ningún otro requisito, cuando se acceda a la condición de militar de carrera.

4. El Ministro de Defensa podrá, también, otorgar la resolución por motivos extraordinarios de interés particular aún cuando no se cumplan todas las condiciones anteriores.

Art. 15. *Procedimiento para la resolución*.—1. Para la resolución del com-

promiso deberá previamente incoarse el correspondiente expediente con audiencia del interesado, en el que se valorarán las circunstancias concurrentes en cada caso.

2. Por delegación del Ministro de Defensa el Director general de Personal acordará la resolución en todos los casos, excepto en el previsto en el apartado 4 del artículo anterior.

## TITULO II

### Situaciones administrativas

#### CAPITULO PRIMERO

##### Disposiciones comunes

Art. 16. *Situaciones administrativas*.—Las situaciones administrativas del militar profesional son las siguientes:

- a) Servicio activo.
- b) Disponible.
- c) Servicios especiales.
- d) Excedencia voluntaria.
- e) Suspenso de empleo.
- f) Suspenso de funciones.
- g) Reserva.

Art. 17. *Limitación al cambio de situación administrativa*.—El pase a la situación de excedencia voluntaria, servicios especiales y reserva con carácter voluntario podrá denegarse cuando el interesado esté sometido a procedimiento judicial, expediente disciplinario o cumpliendo sanción impuesta a resultas de los mismos.

Art. 18. *Publicidad*.—Cualquier cambio de situación administrativa de-

berá ser publicado en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».

Art. 19. *Retribuciones*.— Las retribuciones correspondientes a las distintas situaciones serán las determinadas en las normas que regulan el sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas.

Art. 20. *Incompatibilidades*.— Sin perjuicio de las limitaciones o condiciones establecidas en este Reglamento, todo el personal militar profesional, cualquiera que sea su situación administrativa, se encontrará sometido al régimen previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de incompatibilidades del personal militar.

## CAPITULO II

### Servicio activo

Art. 21. *Situación de servicio activo*.—1. El militar de carrera estará en situación de servicio activo:

a) Cuando ocupe destino en las Unidades, Centros u Organismos del Ministerio de Defensa.

b) Cuando ocupe un puesto orgánico relacionado específicamente con la defensa, en la Presidencia del Gobierno o en otros Departamentos ministeriales.

c) Cuando desempeñe un puesto de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en la Casa de Su Majestad el Rey.

d) Cuando esté prisionero o desaparecido.

e) Cuando participe en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales.

f) Cuando concurra a cursos en los niveles de perfeccionamiento y Altos Estudios Militares, durante su asistencia a los mismos.

2. El Ministro de Defensa, de acuerdo con los titulares de los Departamentos ministeriales, determinará los puestos orgánicos a que se refiere el punto b) del apartado anterior.

3. En esta situación se podrán desempeñar comisiones de servicio de carácter temporal que en ningún caso supondrán cambio en la situación administrativa.

Art. 22. *Prisionero o desaparecido*.—

1. El prisionero permanecerá en servicio activo hasta su libertad.

2. El tiempo permanecido como prisionero será válido a todos los efectos excepto en cuanto a aptitud para el ascenso. De tener cumplidas las condiciones para el ascenso, se le concederán de conformidad con las disposiciones que lo regulen. De no reunirlos, permanecerá en su empleo hasta que sea liberado, en cuyo momento el tiempo permanecido en cautividad le será computado como de servicios efectivos, pudiendo ascender en la forma establecida en las disposiciones en vigor, recuperando, en su caso, el puesto en el escalafón.

3. La condición de desaparecido tendrá una duración máxima de dos años que empezará a computarse desde la ausencia del destino. Pasado este plazo, se reputará exclusivamente a los efectos militares como fallecido, publicándose la baja en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».

4. La condición de prisionero o desaparecido vendrá determinada por la resolución en tal sentido del expediente incoado por el Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, a propuesta del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, desde que se tenga constancia fehaciente de la ausencia del destino en condiciones propias de prisionero o desaparecido. También podrá venir determinada por la resolución del expediente establecido en el apartado 3 del artículo 5 de este Reglamento.

5. Si el desaparecido fuera habido, causará nuevamente alta en el Cuerpo y Escala de procedencia, pasando a la situación de disponible. El tiempo permanecido como desaparecido podrá computarse como de servicios efectivos si del expediente se dedujeran razones justificadas de la ausencia.

*Art. 23. Pérdida temporal de condiciones psicofísicas.*—1. Cuando un militar de carrera carezca temporalmente de condiciones psicofísicas de aptitud para el servicio como consecuencia de lesión o enfermedad que no resulte irreversible, podrá permanecer en la situación de servicio activo por un período máximo de dos años, transcurrido el cual pasará a la situación de disponible, iniciándose el co-

rrespondiente expediente de declaración de no aptitud para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas. El expediente deberá estar finalizado en el plazo máximo de seis meses desde la fecha en que pasó a la situación de disponible.

2. El plazo máximo de dos años de carencia temporal de condiciones psicofísicas de aptitud para el servicio se computará a partir del segundo mes consecutivo o tercero alterno en el plazo de un año en que, por enfermedad o lesión, se esté recibiendo asistencia sanitaria sin poder prestar servicio. Pasados estos plazos y de continuar las mismas circunstancias se podrá cesar en el destino por interés del servicio.

## CAPITULO III

### Disponible

*Art. 24. Situación de disponible.*—El militar de carrera estará en situación de disponible cuando se encuentre pendiente de ocupar destino por haber cesado en el que desempeña o por proceder de una situación distinta de la de servicio activo.

*Art. 25. Efectos.*—1. En la situación de disponible se estará a disposición del Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, permaneciendo sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas. La resolución de pase a dicha situación fijará el lugar de residencia.

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.

## CAPITULO IV

### Servicios especiales

Art. 26. *Situación de servicios especiales.*—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 puestos orgánicos no relacionados específicamente con la defensa.

e) Cuando presten 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.

Art. 27. *Misiones internacionales.*— Siempre que se desee concurrir a una misión que reúna las características del apartado a) del artículo anterior, el interesado deberá solicitar del Secretario

de Estado de Administración Militar, con carácter previo a la concesión, la calificación de su ejercicio como de servicios especiales. La solicitud se cursará por conducto reglamentario y deberá ser informada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

Art. 28. *Concesión por interés para la defensa.*—1. La prestación de servicios como de interés para la defensa tendrá lugar en aquellos puestos de Organismos, Entidades o Empresas del sector público que el Ministerio de Defensa haya calificado como tales.

2. La solicitud de pase a la situación de servicios especiales, por prestación de servicios de interés para la defensa, se dirigirá por conducto reglamentario al Secretario de Estado de Administración Militar con informe del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

3. Si la solicitud fuera para un puesto no calificado previamente como de interés para la defensa, se deberá adjuntar propuesta de calificación en tal sentido formulada por el Organismo, Entidad o Empresa del sector público a que se refiere el punto e) del artículo 26 de este Reglamento.

El pase a la situación de servicios especiales, por esta causa, quedará condicionado a la resolución que para cada caso se adopte en función de las necesidades del planeamiento de la defensa militar.

Art. 29. *Efectos.*—1. El tiempo permanecido en la situación de servicios especiales será computable a efectos de

trienios y derechos pasivos y como tiempo de servicios efectivos.

2. El militar de carrera, durante el tiempo que permanezca en esta situación como consecuencia de los supuestos a), b) y c) del artículo 26 de este Reglamento, dejará de estar sujeto al régimen de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

Cuando el pase se origine por las causas b), c) y d) previstas en el mismo artículo, aquél surtirá efecto a partir de la fecha de concesión.

3. Quienes pierdan las condiciones en virtud de las cuales fueron declarados en esta situación, deberán solicitar su cese en la misma en el plazo máximo de treinta días: de no hacerlo así, pasarán de oficio a la de disponible.

Art. 30. *Concesión.*—La concesión de pase a la situación de servicios especiales será acordada por el Secretario de Estado de Administración Militar.

## CAPITULO V

### Excedencia voluntaria

Art. 31. *Situación de excedencia voluntaria.*—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.

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.

e) En su Escala de origen, cuando ingresen como alumnos de los Centros docentes militares de formación para acceder a otra Escala.

f) Cuando precisen atender al cuidado de un hijo, tanto cuando lo sea de naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha del nacimiento de éste.

Los sucesivos hijos darán derecho a un período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Art. 32. *Tiempo mínimo de servicios efectivos.*—1. El pase a la situación de excedencia voluntaria por las causas de los puntos a) y d) del artículo anterior exigirá, en todo caso, que se hayan cumplido los siguientes tiempos de servicios efectivos:

a) Diez años desde el acceso a la condición de militar de carrera. Para los pertenecientes a cualquier Escala que al acceder al primer empleo de la misma ostenten u obtengan la aptitud

para el vuelo, el tiempo mínimo de servicios efectivos será de quince años.

b) Un tiempo igual al señalado en el artículo 4.º del presente Reglamento, desde la finalización de los cursos de perfeccionamiento o del nivel de Altos Estudios Militares que señale el Ministro de Defensa.

2. Será de aplicación a los efectos del presente artículo lo dispuesto en el artículo 4.º, tercera, apartado e), de este Reglamento para los casos de concurrencia de tiempos mínimos de servicios efectivos de permanencia.

**Art. 33. Ingreso en otro Cuerpo de la Administración.**—En el caso del punto a) del artículo 31 de este Reglamento, el interesado deberá adjuntar a su solicitud documento acreditativo de su pertenencia, en servicio activo, a otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas o de Justicia, o de su condición de funcionario en prácticas, o bien su contratación por Organismos, Entidad o Empresa del sector público.

**Art. 34. Consideración de candidato.**—1. Para obtener la consideración de candidato a que se refiere el artículo 31.b) de este Reglamento, el interesado deberá haber sido proclamado como tal, conforme a la normativa vigente en materia electoral general.

2. Desde que se produzca la proclamación oficial como candidato, el interesado cesará en la situación de servicio activo o en la que se encontrase en el momento de su proclamación, y dejará

de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares. En todo caso, el candidato vendrá obligado a comunicar su nueva condición al Secretario de Estado de Administración Militar.

3. Los militares de carrera a los que se refiere el apartado anterior, si no resultase 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 resultaren elegidos continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación de su mandato.

**Art. 35. Miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos.**—1. Cuando el pase a la situación de excedencia voluntaria se origine por la causa c) del artículo 31 del presente Reglamento, surtirá efecto a partir de la fecha del nombramiento.

2. Se consideran altos cargos a los efectos de este Reglamento, tanto en la Administración del Estado como en la Autonómica, los de rango igual o superior al de Director general.

3. Los militares de carrera a los que se refiere este artículo continuarán en la situación de excedencia voluntaria hasta dos años después de su cese en los cargos que motivaron la excedencia.

**Art. 36. Ingreso en otra Escala.**—Los militares de carrera que se encuentren en situación de excedencia voluntaria con-

forme al punto e) del artículo 31 de este Reglamento, en el caso de que causen baja en el Centro antes de ingresar en otra Escala, se incorporarán a su Escala de origen cesando en dicha situación.

Art. 37. *Cuidado de hijo.*—1. El período de excedencia voluntaria expresado en el artículo 31.f) de este Reglamento no podrá ser superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento. Si el padre y la madre trabajasen, sólo podrá ser ejercitado por uno de ellos, a cuyo fin la solicitud deberá acompañar justificación documental suficiente que acredite que el cónyuge no ha solicitado excedencia de este tipo.

2. La petición podrá realizarse durante ese período de tiempo en cualquier momento y sin que la excedencia pueda extenderse más allá de los tres años contados desde el nacimiento.

3. La concesión de esta excedencia se hará previa declaración del peticionario de que no desempeña otra actividad que pueda impedir o menoscabar el cuidado personal del hijo menor.

Art. 38. *Permanencia en la situación.*—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 puntos e) y f) del artículo 31 de este Reglamento, ni más de diez en períodos consecutivos o alternos en todos los casos. 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.

Art. 39. *Inmovilización en el escalafón.*—1. La situación de excedencia voluntaria durante los dos primeros años no impedirá el ascenso. Transcurrido este plazo, 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 inmovilización pero la pérdida de puestos será definitiva. Si se le concediese por segunda o sucesivas veces, quedará inmovilizado en el puesto que tuviese en su Escala y empleo en el momento de la concesión.

2. La inmovilización en el escalafón y las demás consecuencias reguladas en el párrafo anterior no se aplicarán en los supuestos de los puntos e) y f) del artículo 31 de este Reglamento.

Art. 40 *Efectos.*—1. 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 punto e) del artículo 31 de este Reglamento y durante el primer año de duración de cada período de excedencia del supuesto contenido en el punto f) del citado artículo, a partir del momento en que empiece a disfrutarse.

2. El militar de carrera que pase a esta situación por los supuestos regulados en los puntos a), b), c) y d) del artículo 31 de este Reglamento 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.

3. El pase desde la situación de excedencia voluntaria a cualquier otra situación se hará pasando previamente por la de disponible.

Art. 41 *Concesión*.—Corresponde al Director general de Personal del Ministerio de Defensa la concesión del pase a excedencia voluntaria. Las peticiones se cursarán por conducto reglamentario.

## CAPITULO VI

### Suspense de empleo

Art. 42. *Situación de suspenso de empleo*.—El militar de carrera pasará a la situación de suspenso de empleo como consecuencia de la ejecución de sentencia firme o sanción disciplinaria que así lo determine.

2. El pase a esta situación se producirá con independencia de que se acuerde la suspensión de condena o la libertad condicional.

Art. 43 *Efectos*.—1. 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.

2. 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.

Art. 44. *Pase a la situación*.—El Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente acordará el pase a la situación de suspenso de empleo y ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», una vez firme la sentencia o sanción disciplinaria correspondiente, comenzando a contar los efectos a partir del momento de dicha publicación.

## CAPITULO VII

### Suspense de funciones

Art. 45. *Situación de suspenso de funciones*.—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.

Art. 46. *Procedimientos*.—1. El Ministro de Defensa, valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio de la imputación infiera al régimen de las Fuerzas Armadas o a la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones y el cese en su destino del militar al que le sea incoado un expediente gubernativo.

2. La resolución en que se declare la suspensión de funciones determinará si se produce el cese o no en el destino.

3. 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 de-

recho conviniere, recuperará su situación en el escalafón, incluido el ascenso que hubiera podido corresponderle una vez reunidas las condiciones exigidas para el mismo, y el tiempo transcurrido le será computable como tiempo de servicios efectivos.

Art. 47. *Notificación.*—La autoridad judicial o gubernativa que tramite un procedimiento judicial o incoe un expediente gubernativo notificará al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente la iniciación de dichos trámites a los efectos del artículo 46 de este Reglamento.

Art. 48. *Efectos de la suspensión de funciones.*—1. El pase a la situación de suspenso de funciones previsto en el artículo 46 de este Reglamento llevará consigo la inmovilización en la Escala y empleo en el puesto que se ocupe en el escalafón.

2. Cuando la suspensión de funciones no implique la pérdida del destino el militar no podrá desarrollar actividad alguna dentro de la Unidad, Centro u Organismo en que estuviese destinado.

3. El tiempo transcurrido en esta situación sólo será computable a efectos de trienios y derechos pasivos.

Art. 49. *Suspensión de funciones temporal.*—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria, según lo previsto en el artículo 4.º de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no ten-

drá más efectos que el cese del militar inculcado en el ejercicio de sus funciones por un período máximo de tres meses.

## CAPITULO VIII

### Reserva

Art. 50. *Situación de reserva.*—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 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 le 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 la 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 la 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.

*Art. 51. Reserva por tiempo de permanencia en el empleo:* El tiempo de permanencia a que se refiere el punto a) del artículo anterior, se computará a partir de la fecha de ascenso al empleo correspondiente, con independencia de la situación administrativa en la que el interesado pudiera encontrarse durante ese período de tiempo.

*Art. 52. Reserva a petición propia.*—  
1. El Ministro de Defensa fijará anualmente, para los distintos empleos y Escalas, el número máximo que se autoriza para el pase a petición propia a la situación de reserva, así como las condiciones necesarias para ello.

2. Durante los treinta días siguientes a la publicación del cupo señalado en el apartado anterior, quienes reúnan las condiciones debidas podrán solicitar el pase a la situación de reserva. La concesión se hará en razón a criterios de especialización y antigüedad en el empleo. El Ministro de Defensa po-

drá denegar el pase a la situación de reserva a petición propia cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen.

3. Publicada la resolución por la que se concede el pase a dicha situación, si no se hubiese cubierto el cupo, quienes reúnan las condiciones podrán continuar solicitando su pase a reserva hasta la finalización del período anual.

4. A los efectos del número 1 de este artículo, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, elevarán al Ministro de Defensa propuesta razonada del número máximo de pases a la situación de reserva a petición propia que pueden ser autorizados.

*Art. 53. Reserva por edad.*—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 jubilación forzosa fijada con carácter general en la Administración Civil del Estado.

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.

**Art. 54. Reserva por decisión del Gobierno.**—El Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, podrá pasar a los Oficiales Generales a la situación de reserva mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros.

**Art. 55. Resolución.**—Por delegación del Ministro de Defensa el Director general de Personal acordará el pase a la situación de reserva para los incluidos en los puntos d), e) y f) del artículo 50 de este Reglamento y para los Oficiales Generales, excepto en el supuesto previsto en el artículo anterior.

2. Por delegación del Ministro de Defensa, los Mandos o Jefaturas de Personal del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, acordarán el pase a la situación de reserva para el resto de los supuestos contemplados en los artículos 50 y 53 de este Reglamento.

3. En todos los casos el pase a la situación de reserva producirá el cese au-

tomático en los destinos y cargos que se ocupen.

**Art. 56. Efectos.**—1. 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 la 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.

2. El tiempo transcurrido en la situación de reserva únicamente será computable a efectos de trienios y derechos pasivos.

**Art. 57. Cambio de situación.**—El militar en situación de reserva solamente podrá pasar a las de servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo y suspenso de funciones en las condiciones y con los efectos que previene el presente Reglamento, en lo que les sean de aplicación. Al cesar en las mismas se reintegrará a la de reserva.

**Art. 5. Movilización.**—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 la Ley.

## CAPITULO IX

### Situaciones del militar de empleo

**Art. 59. Ambito y clases.**—1. El militar de empleo podrá encontrarse en

las situaciones administrativas de servicio activo, disponible, suspenso de empleo y suspenso de funciones reguladas en los capítulos anteriores, así como en la de excedencia voluntaria en los supuestos contenidos en los puntos e) y f) del artículo 31 de este Reglamento.

2. El tiempo permanecido en la situación de excedencia voluntaria del punto e) del artículo 31 no se computará a los efectos previstos en el artículo 13 de este Reglamento.

Art. 60. *Reserva o licencia absoluta.*—A la finalización o resolución del compromiso, el militar de empleo pasará a la situación de reserva del servicio militar o licencia absoluta, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre.

## CAPITULO X

### Recursos

Art. 61. *Recursos.*—Contra las resoluciones del Director general de Personal y de los Mandos o Jefaturas de Personal de los Ejércitos, se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar.

Contra las resoluciones del Ministro de Defensa, del Secretario de Administración Militar y de los jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, cabe interponer, en su caso, recurso de reposición previo a la vía contencioso-administrativa.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—*Situación ajena al servicio activo.*—Los militares pertenecientes a las Escalas de Complemento y de Reserva Naval que se encuentren en situación ajena al servicio activo pasarán, a la entrada en vigor de este Reglamento, a reserva o licencia absoluta del servicio militar, en función de lo establecido en la Ley del Servicio Militar.

Segunda.—*Militares profesionales de tropa y marinería hasta la edad de retiro.*—Los militares profesionales de la categoría de tropa y marinería que, en el momento de entrada en vigor de la Ley, tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro podrán pasar a cualquiera de las situaciones reguladas en el presente Reglamento para el militar de carrera, siempre que reúnan las condiciones debidas. La edad de pase a reserva en todo caso será la de cincuenta y seis años.

Tercera.—*Retiro forzoso.*—El retiro por aplicación de lo previsto en el artículo 7.º 4 de este Reglamento se entenderá como retiro forzoso a efectos del régimen jurídico de Clases Pasivas.

Cuarta.—*Cómputo de tiempo para reserva.*—Para el cómputo de los veinte años de servicios efectivos que determina el artículo 7.º 4 de este Reglamento se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a) A los Suboficiales procedentes de clases de tropa y marinería profesionales que se integren en las Escalas

básicas les serán computados los servicios efectivos prestados también como tropa o marinería desde su ingreso en las Fuerzas Armadas salvo el tiempo de duración del servicio militar.

b) A los Oficiales y Suboficiales procedentes de las Escalas de Complemento que se integren en las Escalas determinadas por la Ley, o que permanezcan en las de procedencia declaradas a extinguir, les será computado el tiempo de servicios efectivos prestados desde su acceso a aquellas Escalas.

c) A los militares profesionales de tropa y marinería a los que hace referencia la disposición adicional segunda de este Reglamento se les computarán los servicios efectivos prestados desde su ingreso en las Fuerzas Armadas reducidos en el tiempo de duración del Servicio Militar.

Quinta.—*Cómputo de tiempo para pase a reserva a petición propia.*—A los Suboficiales procedentes de clase de tropa y marinería que se integren en las Escalas básicas, les serán computados los servicios efectivos prestados también como tropa desde su ingreso en las Fuerzas Armadas, salvo el tiempo de duración del servicio militar, cuando soliciten el pase a la situación de reserva a petición propia de acuerdo con lo establecido en el artículo 52.

Sexta.—*Reserva para Escalas a extinguir.*—Para las Escalas declaradas a extinguir citadas en la disposición adicional séptima de la Ley la edad de pase a la situación de reserva será la señalada en el apartado c) del artículo 53 del presente Reglamento.

Séptima.—*Competencias en relación con los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.*—Las competencias que en el presente Reglamento se asignan a los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y a los correspondientes Mandos o Jefaturas del Personal en relación con el personal de sus Ejércitos, corresponderán al Secretario de Estado de Administración Militar y al Director general de personal del Ministerio de Defensa, respectivamente, en lo que afecte al personal de los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—*Cambio de situación.*—  
1. Los militares de carrera que se encuentren en situaciones administrativas distintas de las reguladas en el presente Reglamento, y que no sean reserva, ni reserva activa, ni reserva transitoria, ni las 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, solicitarán su pase a las situaciones que correspondan en el plazo máximo de un mes a partir de la entrada en vigor de este Reglamento. Transcurrido dicho plazo, se procederá de oficio.

2. Para solicitar el cambio los interesados cursarán sus peticiones al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente o a la Dirección General de Personal para los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, adjuntando la justificación documentada prevista en este Reglamento para cada situación, procediendo dichos órganos

a elevar a la Secretaría de Estado de Administración Militar, en el plazo máximo de tres meses, propuesta de resolución con informe razonado.

Segunda.—*Tiempos mínimos de servicios efectivos por curso.*—Para aquellos que hubieran realizado cursos antes de la entrada en vigor del presente Reglamento y estuvieran sujetos a los tiempos mínimos de servicios efectivos por curso que dispone el Real Decreto 3926/1982, de 15 de diciembre, que establece el tiempo mínimo de permanencia en la situación de actividad por el personal que efectúe cursos de especialización o prácticas, el tiempo mínimo de permanencia en la situación de servicio activo que establece el artículo 4.º, apartado 1, tercera de este Reglamento, sólo les será aplicable cuando les resulte más favorable.

Tercera.—*Excedencia voluntaria.*—  
1. Los que a la entrada en vigor de la Ley se encuentren en situación de excedencia voluntaria sin haber sobrepasado los cinco años en esa situación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7, letra a), apartado seis del Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, por el que se fijan las situaciones del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, pasarán, con efectos de 1 de enero de 1990, y en las condiciones reguladas en este Reglamento, a la nueva situación de excedencia voluntaria.

2. Quienes hubiesen sobrepasado los cinco años a que se refiere el apartado anterior permanecerán en la situación de excedencia voluntaria en las condiciones y con los efectos previstos en el Real Decreto citado.

3. En todo caso quienes hayan perdido el derecho a un ascenso, por haber transcurrido el plazo de dos años en situación de excedencia voluntaria, no lo recuperarán en la nueva situación, permaneciendo inmovilizados en el puesto que tuvieren en el escalafón.

Cuarta.—*Reemplazo por herido o reemplazo por enfermo.*—Quienes a la entrada en vigor de la Ley, se encontraran en situación de reemplazo por herido o reemplazo por enfermo pasarán a la situación de servicio activo con las condiciones y efectos señalados para la pérdida temporal de condiciones psicofísicas para el servicio previstas en el artículo 23 de este Reglamento.

Quinta.—*Excedencia especial.*—Quienes se encuentren en situación de excedencia especial pasarán a la situación de servicios especiales o de excedencia voluntaria según cumplan las condiciones establecidas en el presente Reglamento para una u otra de estas situaciones.

Sexta.—*Supernumerario.*—Quienes se encuentran en situación de supernumerario tanto en destinos de carácter militar como en destinos de interés militar, podrán pasar a la situación de servicio activo, servicios especiales o excedencia voluntaria, según proceda.

Séptima.—*Procesado.*—Quienes se encuentren en situación de procesado podrán pasar a la situación de suspenso de funciones o, en su caso, a la de disponible. A estos efectos los Mandos o Jefatura de Personal de los Ejércitos elevarán al Ministro de Defensa,

a través del Director general de Personal del Ministerio de Defensa, propuesta razonada sobre el cambio de situación.

Octava.—*Reserva*.—Los militares de carrera que se encuentren en la situación de reserva procedentes de la reserva activa conservarán 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.

Novena.—*Reserva transitoria*.—La situación de reserva transitoria permanecerá durante el período de adaptación requerida 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 la disposición transitoria 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 este Reglamento, 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 su régimen de ascensos, retribuciones e incompatibilidades así como la recuperación de derechos inherentes al retiro que se hará efectiva, en su caso, a partir de los tres años del pase a la situación de reserva transitoria.

Décima.—*Segunda reserva de Oficiales Generales*.—1. Los Oficiales Generales que a la entrada en vigor de la Ley se encuentren en la situación de reserva anterior a la Ley 20/1981, de 6 de julio, de creación de la Reserva Activa y fijación de las edades de retiro para el personal profesional 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, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por componentes de las Fuerzas Armadas, 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 la Ley, pasarán a la 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.

3. Los Oficiales Generales pertenecientes al Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria pasarán a la segunda reserva con arreglo a la disposición final sexta de la Ley.

Undécima.—*Escalafonamiento*.—Lo dispuesto en el artículo 2 de este Reglamento se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima de la Ley.

Duodécima.—*Calendario progresivo*.—El pase a la situación de reserva regulado en los artículos 50 b) y 53 de este Reglamento se llevará a cabo de

acuerdo con el calendario progresivo al que se refiere la disposición transitoria tercera de la Ley.

Decimotercera.—*Guardia Civil.*—  
Hasta tanto no se desarrolle reglamen-

tariamente el régimen jurídico sobre la adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, seguirá rigiéndose por las disposiciones hasta ahora en vigor.

## MINISTERIO DE DEFENSA

30737

*REAL DECRETO 1622/1990, de 14 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional.*

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, establece en su título V Militares de Carrera y en el título IV Militares de Empleo, los sistemas de ascenso así como la normativa acerca de las evaluaciones y clasificaciones.

Dado que las evaluaciones y clasificaciones se encuentran íntimamente ligadas a los sistemas de ascenso, aun cuando no sea ésta su única finalidad, se considera conveniente que el desarrollo reglamentario de cada una de estas materias figure en un solo contexto, a fin de ser utilizado como norma de ejecución para la promoción del personal militar profesional.

Con el fin de adaptar las disposiciones actualmente vigentes sobre estas materias a lo que preceptúa la Ley 17/1989, es necesario, a su vez, dar normas de carácter transitorio, que permitan llevar a cabo su regulación durante el período establecido para la plena aplicación de los preceptos contenidos en la Ley.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 14 de diciembre de 1990.

### DISPONGO:

Artículo único.—Se aprueba el Reglamento General de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del personal militar profesional, cuyo texto se inserta a continuación.

### DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Primera.—Quedan derogadas las siguientes disposiciones, entre las que se incluyen las que, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, habiendo tenido rango de Ley, han continuado en vigor con carácter reglamentario:

Orden de 8 de octubre de 1931 de ascenso a Sargento de la Escala de Mar.

Artículo 10 de la Ley de 27 de septiembre de 1940, excepto para los que ingresaron en la Escuela Politécnica del Ejército con anterioridad al 1 de enero de 1990.

Artículos 7, 8, 9 y 14 de la Orden de 3 de octubre de 1945, por la que se

aprueba el Reglamento del Cuerpo de Oficiales Legionarios.

Artículos 13 al 30, todos inclusive, de la 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 y Ley 4/1972, de 26 de febrero, en lo que modifica los anteriores artículos.

Artículos 44 al 69 y 77 al 83, todos inclusive, y disposición final tercera de la Orden de 30 de enero de 1956, que desarrolla la Ley de 22 de diciembre de 1955, modificada por la Orden de 6 de marzo de 1972.

Ley de 17 de julio de 1958, de pase voluntario de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra al servicio de Organismos civiles, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional octava de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

Decreto de 27 de julio de 1958, que desarrolla la Ley de 17 de julio de 1958 y Decreto de 12 de marzo de 1959, que lo modifica.

Ley 142/1962, de 24 de diciembre, sobre organización del Cuerpo de Suboficiales Especialistas del Ejército del Aire, en lo que no estuviese derogado con anterioridad.

Ley 146/1963, de 2 de diciembre, de reorganización del Cuerpo Auxiliar de Oficinas Militares del Aire.

Ley 61/1967, de 22 de julio, de creación del Cuerpo de Ingenieros de la Armada, en lo que no estuviera derogado con anterioridad.

Artículos 2 al 39, ambos inclusive, de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, de Escala y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada, y las Leyes 31/1976,

de 2 de agosto, y 4/1977, de 4 de enero, que la modifican.

Real Decreto 2008/1978, de 30 de junio, que desarrolla la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, y los Reales Decretos 968/1983, de 30 de marzo, y 990/1987, de 31 de julio, que lo modifican.

Artículos 1 al 10 y 12 al 17, todos inclusive, de la Ley 51/1969, de 26 de abril, de ascensos para personal del Arma de Aviación y Cuerpos del Ejército del Aire procedentes de Enseñanzas Militar Superior y Real Decreto-ley 29/1977 de 2 de junio, que la modifica y amplía. Real Decreto 2867/1977, de 25 de octubre, que desarrolla la Ley 51/1969, de 26 de abril, Real Decreto 3038/1978, de 1 de diciembre, y Real Decreto 546/1983, de 16 de febrero, que lo modifican.

Real Decreto 3057/1977, de 28 de octubre, que desarrolla la Ley 51/1969, de 26 de abril.

Artículos 16 al 19, ambos inclusive, de la Ley 19/1973, de 21 de julio, de Especialistas de la Armada. Decreto 1650/1974, de 31 de mayo, que la desarrolla y el Decreto 96/1976, de 9 de enero, y Reales Decretos 1694/1977, de 4 de julio, y 633/1985, de 3 de abril, que lo modifican, excepto para las Escalas declaradas a extinguir.

Disposición adicional y disposición finales 2.ª y 3.ª de la Ley 13/1974, de 30 de marzo, de organización de las Escalas Básicas de Suboficiales y Especial de Jefes y Oficiales, en lo que se refiere a Escalas del Ejército de Tierra declaradas a extinguir.

Artículos 6 y del 16 al 25, ambos inclusive, de la Ley 18/1975, de 2 de mayo, de reorganización del Arma de Aviación.

Real Decreto 3067/1983, de 9 de diciembre, que desarrolla la Ley 18/1975, de 2 de mayo.

Artículos 1, 2, 3, 16 y 18 del Real Decreto 2917/1976, de 30 de octubre, sobre el personal de Músicas de las Fuerzas Armadas, y el Real Decreto 2758/1978, de 29 de septiembre, que lo modifica.

Apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 4 y disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la Ley 39/1877, de 8 de junio, de modificación de la estructura del Cuerpo de Suboficiales Especialistas del Ejército de Tierra.

Ley 43/1977, de 8 de junio, de condiciones de ascenso de los Suboficiales del Ejército del Aire, excepto para las Escalas declaradas a extinguir.

Ley 44/1977, de 8 de junio, de condiciones de aptitud para el ascenso de los Suboficiales del Ejército de Tierra, excepto para las Escalas declaradas a extinguir.

Ley 48/1981, de 24 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.

Real Decreto 2637/1982, de 15 de octubre, que desarrolla la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, Real Decreto 1240/1984, de 20 de junio, y Real Decreto 1780/1984, de 26 de septiembre que lo modifican.

Artículos 8, 21 y 22 de la Ley 14/1982, de 5 de mayo, por la que se reorganizan las Escalas Especiales y Básicas de Suboficiales del Ejército de Tierra.

Artículos 1, 2, 3, 7, 8, 13, 14 y 19 del Real Decreto 2493/1983, de 7 de diciembre, que desarrolla la Ley 14/1982, de 5 de mayo.

Artículo 6 de la 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.

Artículos 1, 4, 8 y disposición transitoria primera del Real Decreto 132/1986, de 24 de enero, que desarrolla la Ley 9/1985, de 10 de abril.

Artículos 7, 8, 9 y 10 y disposiciones transitorias cuarta y quinta de la Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

Segunda.—Asimismo quedan derogadas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Tercera.—Lo dispuesto en los números anteriores será de aplicación a partir del momento de la integración de las Escalas de origen, según lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 17/1989, de 19 de julio: reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—En el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto, el Ministro de Defensa, a propuesta del Secretario de Estado de Administración Militar y de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, determinará las normas objetivas de valoración, a las que se dará la debida publicidad, así como los méritos y aptitudes que con carácter general deberán considerar los órganos de evaluación.

Segunda.—El Ministro de Defensa determinará las normas por las que se

han de regir a efectos de evaluaciones y ascensos los militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales.

Tercera.—Se autoriza al Ministro de Defensa para dictar cuantas disposiciones sean necesarias en desarrollo del presente Real Decreto.

Cuarta.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de febrero de 1991.

Dado en Madrid a 14 de diciembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministerio de Defensa  
NARCIS SERRA I SERRA

**REGLAMENTO GENERAL  
DE EVALUACIONES,  
CLASIFICACIONES Y ASCENSOS  
DEL PERSONAL MILITAR  
PROFESIONAL**

**INDICE**

**TITULO PRELIMINAR**

Artículo primero.—Definiciones.

**TITULO PRIMERO**

**Evaluaciones y clasificaciones**

**CAPITULO PRIMERO**

**Normas generales**

Art. 2. Finalidad de las evaluaciones.

Art. 3. Evaluaciones para el ascenso al empleo superior.

Art. 4. Evaluaciones para la selección de concurrentes a determinados cursos de capacitación.

Art. 5. Evaluaciones para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación.

Art. 6. Evaluación para determinar la insuficiencia de facultades profesionales.

Art. 7. Evaluación para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas.

**CAPITULO II**

**Organos de evaluación**

Art. 8. Organos de evaluación y funciones.

Art. 9. Normas de funcionamiento de los órganos de evaluación.

Art. 10. Abstención y recusación.  
Art. 11. Secretarías permanentes para la evaluación y clasificación.

**CAPITULO III**

**Regulación de las evaluaciones**

Art. 12. Ciclos de evaluación.

Art. 13. Número de evaluaciones.

Art. 14. Evaluaciones extraordinarias.

Art. 15. Previsión de vacantes para el ascenso.

Art. 16. Determinación de zonas del escalafón.

Art. 17. Evaluaciones para asistencia a determinados cursos de capacitación.

Art. 18. Evaluaciones para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación.

**TITULO II**

**Ascensos**

**CAPITULO PRIMERO**

**Condiciones para el ascenso**

Art. 19. Régimen de ascensos.

Art. 20. Condiciones generales.

Art. 21. Condiciones particulares.

Art. 22. Tiempos mínimos de servicios efectivos.

Art. 23. Tiempos de mando o función.

Art. 24. Determinación de la aptitud para el ascenso.

Art. 25. Declaración definitiva de no aptitud para el ascenso.

Art. 26. Cursos de capacitación.

## CAPITULO II

### **Clasificación de los ascensos**

- . Ordenación para el ascenso.
- . Adjudicación de las vacantes y concesión de los ascensos.

Art. 29. Fecha de antigüedad en el empleo.

Art. 30. Efectos administrativos.

## CAPITULO III

### **Tiempos mínimos de mando o función**

Art. 31. Tiempos mínimos de mando o función en el Ejército de Tierra.

Art. 32. Tiempos mínimos de mando o función en la Armada.

Art. 33. Tiempos mínimos de mando o función en el Ejército del Aire.

Art. 34. Tiempos mínimos de función en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

## CAPITULO IV

### **Recursos**

Art. 35. Recursos.

## TITULO PRELIMINAR

Art 1.º *Definiciones.*—A efectos de lo establecido en el articulado del presente Reglamento de desarrollo de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del Personal Militar Profesional (en adelante la Ley), se entenderá como:

a) Antigüedad en el empleo.—El tiempo transcurrido desde la fecha que se determine en la resolución por la que se confiere el empleo; de no especificarse aquélla se entenderá como tal la de la firma de la citada resolución. Cuando por aplicación de la legislación en vigor se modifique la posición del interesado en el escalafón, se le asignará la antigüedad de aquel que le preceda en la nueva.

b) Tiempo de servicios efectivos.—El tiempo transcurrido en la situación de servicio activo, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas del personal militar profesional. El tiempo de servicios efectivos en un empleo es el transcurrido en los precitados destinos en el empleo que se considere.

También tendrá consideración de tiempo de servicios efectivos el transcurrido en la situación de servicios especiales, en la de disponible durante un período máximo de seis meses y en la excedencia voluntaria en el caso de alumnos de Centros docentes militares de formación para el acceso a otra Escala

o durante el primer año de permanencia en esta última situación de suspensión de funciones en caso de sobreseimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad.

c) Tiempo de mando o desempeño de determinadas funciones.—El tiempo de permanencia en destinos de mando o funciones propias de cada Escala y empleo que forme parte de las condiciones generales para el ascenso.

d) Orden de escalafón.—El orden en que figuran relacionados en el escalafón los militares de carrera y de empleo de la categoría de oficial. En el caso de los militares de carrera existirá un escalafón por cada Escala y en el de los militares de empleo de la categoría de Oficial existirá un escalafón para relacionar a los que completan a cada una de las Escalas militares de carrera.

e) Orden de clasificación.—El orden resultante de las evaluaciones en todos aquellos casos en que se requiera una reorganización de los evaluados.

f) Ciclo de evaluación.—Período de tiempo durante el cual surte efecto una evaluación para el ascenso.

g) Zonas de escalafón.—Serán, en cada Escala, la parte del escalafón de cada empleo que contiene aquellos que van a ser evaluados para el ascenso por los sistemas de elección, selección y antigüedad en un determinado ciclo.

h) Cursos de capacitación.—Aquellos que capacitan para el desempeño de

los cometidos de categoría o empleos para los que sea requisito previo la realización de tales cursos.

i) Condiciones generales para el ascenso.—Tiempo de servicios efectivos en un empleo y de mando o de desempeño de determinadas funciones, que se establecen con carácter general como condiciones mínimas requeridas para el ascenso en cada empleo, Escala y Cuerpo.

j) Condiciones particulares para el ascenso.—Las que se establecen con carácter específico para determinados empleos, Escalas y Cuerpos.

k) Facultades profesionales.—Conjunto de conocimientos, aptitudes y cualidades que capacitan al militar para el adecuado desempeño de su actividad profesional.

l) Condiciones psicofísicas.—Conjunto de aptitudes y cualidades psicofísicas que se requieren para la permanencia en el servicio y la ocupación de determinados destinos.

m) Normas objetivas de valoración.—Son las que proporcionan a los Organos de Evaluación los criterios objetivos a aplicar a los méritos y aptitudes que deban ser tenidos en cuenta de acuerdo con la finalidad de cada evaluación, así como los coeficientes de valoración de los diferentes destinos, especialidades y títulos. Estos criterios y coeficientes de valoración contendrán los factores determinantes de la entidad relativa de cada uno de los elementos de valoración. De su aplicación se deducirá el resultado de la evaluación.

n) Promoción.—En cada Escala se entenderá como promoción el conjunto de miembros que han adquirido el primer empleo en una misma fecha.

Se considerarán miembros de una promoción a los que, como consecuencia de la legislación vigente, queden escalafonados entre los componentes de la misma. En el caso de que el escalafonamiento ocurra entre dos promociones consecutivas, se considerará perteneciente a la primera de ellas.

## TITULO PRIMERO

### Evaluaciones y clasificaciones

#### CAPITULO PRIMERO

##### Normas generales

Art. 2.º *Finalidades de las evaluaciones.*—1. Los militares de carrera y los de empleo de la categoría de Oficial, serán evaluados para determinar:

a) La aptitud para el ascenso al empleo superior.

b) La selección de un número limitado de concurrentes a determinados cursos de capacitación.

c) La asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación.

d) La insuficiencia de facultades profesionales.

e) La insuficiencia de condiciones psicofísicas.

2. Los militares de empleo de la categoría de Oficial también serán evaluados para informar sobre la prórroga de sus compromisos o, en su caso, la resolución de los mismos, así como para aportar la información necesaria de los que se presenten a las convocatorias de acceso por promoción interna a alguna de las Escalas de militares de carrera.

*Art. 3.º Evaluaciones para el ascenso al empleo superior.*—1. Las evaluaciones para el ascenso por el sistema de elección tienen por objeto determinar el orden de clasificación de todos los evaluados, en función de su idoneidad para el desempeño de los cometidos asignados al empleo superior y de los méritos y aptitudes acreditados.

2. Las evaluaciones para el ascenso por el sistema de selección tienen por objeto determinar la aptitud o no aptitud de los evaluados para el ascenso y, de entre los aptos, su ordenación, que reflejará las condiciones de prelación e idoneidad para el desempeño del empleo superior.

3. Las evaluaciones para el ascenso por el sistema de antigüedad tienen por objeto determinar la aptitud o no aptitud para el ascenso, sin que como consecuencia de las mismas se deriven modificaciones en el orden de escalafón.

*Art. 4.º Evaluaciones para la selección de concurrentes a determinados cursos de capacitación.*—Las evaluaciones para la selección de concurrentes 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 de Suboficial Mayor de las Escalas básicas, tienen por objeto seleccionar a los asistentes a los mismos en función de su idoneidad, méritos y aptitudes acreditados.

*Art. 5.º Evaluaciones para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación.*—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 caso, la correspondiente clasificación.

*Art. 6.º Evaluaciones para determinar la insuficiencia de facultades profesionales.*—Las evaluaciones para determinar la insuficiencia de facultades profesionales, basadas en el estudio del expediente que a tal fin se instruya, tienen por objeto determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales para el servicio, a efectos del pase del Militar de carrera a la situación de reserva o, en su caso, a la de retiro, o de la improrrogabilidad del compromiso en el caso de los Militares de empleo de la categoría de Oficial.

*Art. 7.º Evaluaciones para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas.*—Las evaluaciones para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas basadas en los cuadros de insuficiencia de tales condiciones, requerirán la apreciación de los Tribunales competentes y darán lugar a la determinación de la aptitud para el servicio, con o sin limitación para ocupar determinados destinos, o a la no aptitud, que

podrá dar lugar al pase del Militar de carrera a la situación de reserva o, en su caso, a la de retiro, o a la resolución de compromiso en el caso de los militares de empleo de la categoría de Oficial.

Reglamentariamente se determinarán los cuadros de insuficiencia de condiciones psicofísicas, los Tribunales competentes y los procedimientos de actuación en esta materia.

## CAPITULO II

### Organos de evaluación

Art. 8.º *Organos de evaluación y funciones.*—1. Las evaluaciones se efectuarán por los órganos de evaluación atendiendo a las normas objetivas de valoración.

2. Son órganos de evaluación:

a) El Consejo Superior del Ejército de Tierra, el de la Armada y del Ejército del Aire, a quienes corresponden las evaluaciones para el ascenso al empleo de General de Brigada o que afecten a Oficiales Generales.

b) Las Juntas de Evaluación de carácter permanente: Se constituirá una en cada Ejército, con objeto de proceder a las evaluaciones para determinar lo dispuesto en los apartados c) y d) del artículo 2.1 del presente Reglamento, excepto en lo que se refiera a Oficiales Generales, así como a las contempladas en el artículo 2.2.

El Presidente será el Jefe del Mando o Jefatura del Personal del respecti-

vo Ejército. Estará constituida por un número de Vocales eventuales que se designarán en función de la finalidad de la evaluación y del número de miembros a evaluar. En todo caso el número total de Vocales será siempre par.

El Presidente nombrará un Secretario de la Junta, elegido entre los destinados en la Secretaría Permanente para la evaluación y clasificación, que se contempla en el artículo 11 del presente Reglamento. El Secretario tendrá como misión la de canalizar el apoyo de la Secretaría a la labor que desarrolle la Junta, sin intervenir en las actuaciones de la misma.

c) Las Juntas de Evaluación de carácter eventual: Se constituirán con objeto de proceder a las evaluaciones para determinar lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 2.º del presente Reglamento, excepto para el ascenso a General de Brigada o que afecten a Oficiales Generales. El número máximo de estas Juntas será el Secretario de la Junta. Podrán designarse hasta tres Vocales suplentes para sustituir a los afectados por causas de abstención o recusación.

Como mínimo habrá un Vocal del mismo Cuerpo y Escala que los de los miembros a evaluar.

Todos los Vocales tendrán mayor empleo o antigüedad que los evaluados y ninguno podrá ser más antiguo que el Presidente.

3. El Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente determinará la composición de las respectivas Juntas y

ordenará la publicación de sus componentes en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».

Art. 9.º *Normas de funcionamiento de los órganos de evaluación.*—Las Juntas de Evaluación, tanto las de carácter permanente como las de carácter eventual, podrán actuar en pleno o en comisión. Sus acuerdos serán adoptados siempre en pleno y por mayoría absoluta, a cuyo efecto el presidente no tendrá voto de calidad.

El Presidente tendrá como función propia la de asegurar el cumplimiento de las normas, velando muy especialmente por la aplicación de criterios objetivos. Asimismo determinará la composición de las comisiones.

Para la constitución de una comisión se requerirá, al menos, un tercio de los componentes del órgano de evaluación.

La convocatoria del pleno corresponderá al Presidente y deberá ser notificada, en unión del orden del día, con una antelación mínima de veinticuatro horas.

De cada sesión en que el órgano de evaluación actúe se levantará acta que contendrá la indicación de las personas que hayan intervenido, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos.

Los miembros de un órgano de evaluación podrán hacer constar en acta

su voto particular contrario al acuerdo adoptado, especificando los motivos que lo justifiquen.

Las actas serán firmadas por el Secretario con el visto bueno del Presidente y, en su caso, por los Vocales que hayan emitido voto particular contrario al acuerdo adoptado.

Art. 10. *Abstención y recusación.*—  
1. Los designados para formar parte de una Junta de Evaluación en quienes concurren alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 21 del Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo comunicarán a la Secretaría Permanente para la Evaluación y Clasificación, quien lo elevará para resolución al Mando o Jefatura de Personal correspondiente.

La apreciación de la existencia de la causa de abstención podrá dar origen a la revocación de la designación correspondiente o, en caso de evaluación para el ascenso por antigüedad, a la simple ausencia del designado en el momento de la evaluación de aquel con el que existe la causa de abstención. Si la causa de abstención recayese en el Presidente de la Junta la resolución deberá adoptarse por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, quien designará, en su caso, el nuevo Presidente.

2. En las mismas circunstancias podrá promoverse recusación en cualquier momento del proceso de evaluación, con sujeción al procedimiento y con los efectos previstos en el artículo 22 del referido Decreto 1408/1966, de 2 de junio.

Art. 11. *Secretarías Permanentes para la Evaluación y Clasificación.*— 1. En el Mando o Jefatura de Personal de cada Ejército existirá una Secretaría Permanente para la Evaluación y Clasificación con la misión de facilitar la labor de los órganos de evaluación, que aportará la documentación de los miembros a evaluar, y adoptará las medidas necesarias para el buen fin de la evaluación, así como el mantenimiento de la custodia y reserva adecuada de los documentos.

2. Serán cometidos de la Secretaría Permanente para la Evaluación y Clasificación:

a) Iniciar los procesos necesarios de los órganos de evaluación.

b) Redactar para los órganos de evaluación la distribución numérica de Vocales entre los Cuerpos y Escalas y proponer los organismos que deben nombrarlos.

d) Tramitar la publicación de la composición de los órganos de evaluación en el «Boletín del Ministerio de Defensa».

e) Solicitar, en su caso, de los organismos que procedan, con la antelación necesaria, la documentación de los miembros a evaluar, incluida la complementaria que aporten los interesados.

f) Recopilar los documentos anteriores y preparar éstos para su utilización por los órganos de evaluación.

g) Apoyar a los órganos de evaluación durante su actuación.

h) Remitir los resultados definitivos de las evaluaciones y clasificaciones al Órgano de Gestión de Personal correspondiente.

i) Proporcionar al mando o Jefatura de Personal correspondiente los informes sobre los recursos que se interpongan como consecuencia de las evaluaciones.

### CAPITULO III

#### **Regulación de las evaluaciones**

Art. 12. *Ciclos de evaluación.*—1. Las evaluaciones para el ascenso se realizarán periódicamente y surtirán efecto durante un período de tiempo denominado ciclo de evaluación, que normalmente será de un año y comenzará el 1 de julio.

2. Las evaluaciones correspondientes a un ciclo se realizarán durante los tres meses anteriores a su comienzo, debiendo constituirse los órganos de evaluación con antelación suficiente para que pueda concluir el proceso de evaluación y, en su caso, clasificación dentro del período indicado y sus resultados puedan surtir efectos al inicio del ciclo.

3. Se considera como fecha de clasificación la de inicio del ciclo de evaluación correspondiente.

Art. 13. *Número de evaluaciones.*— El Ministro de Defensa determinará el número máximo de ciclos en que se puede ser evaluado para el ascenso por elección

Art. 14. *Evaluaciones extraordinarias*.—1. Cuando concurriese alguna circunstancia debidamente probada que aconseje evaluar de nuevo al afectado, el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente dispondrá la evaluación extraordinaria. La resolución por la que se acuerde una evaluación extraordinaria deberá ser motivada.

2. El Ministro de Defensa determinará la evaluación extraordinaria de una determinada zona del escalafón cuando el número de vacantes producidas en un ciclo exceda de las previstas en una cantidad que imponga la necesidad de contar con un mayor número de evaluados.

Art. 15. *Previsión de vacantes para el ascenso*.—1. Las vacantes correspondientes a cada ciclo de evaluación serán las que se produzcan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley.

2. Como base para la previsión de vacantes de Militares de carrera y de empleo de la categoría de Oficial que se puedan producir en el siguiente ciclo de evaluación, que permita la determinación de las zonas de escalafón, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes datos:

a) Propuestas de convocatorias de ingreso en los Centros docentes militares de formación para el acceso a otras Escalas, para la determinación de las vacantes que se puedan producir por esta causa en las de origen.

b) Cupos previstos de pase a la situación de reserva.

c) Media de los datos estadísticos de los años anteriores en cuanto a pase a otras situaciones o fallecimientos.

d) Ascensos previstos al empleo inmediato superior.

Artículo 16. *Determinación de zonas del escalafón*.—Los Jefes del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, al menos cuatro meses antes del comienzo de cada ciclo, propondrán al Ministro de Defensa las zonas de los escalafones para las evaluaciones. Para la determinación de las zonas se atenderá a los siguientes criterios:

a) Para las evaluaciones para el ascenso por el sistema de elección se determinarán en función del número de vacantes previstas para el ciclo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 91 de la Ley, de forma que queden incluidos todos los que reúnan o puedan reunir durante el ciclo de evaluación las condiciones generales y particulares para el ascenso. No obstante lo anterior, el Ministerio de Defensa, a propuesta del Jefe de 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.

b) Para las evaluaciones para el ascenso por el sistema de selección se determinarán mediante la aplicación de un coeficiente en cada Escala y empleo al número de vacantes previstas para el ciclo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley, de modo que cada promoción pueda ser evaluada con

la anterior o anteriores, a fin de que todos sus componentes tengan la oportunidad de ascender por el orden de clasificación, adelantando puestos en el escalafón de origen.

c) Para las evaluaciones para el ascenso por el sistema de antigüedad, se determinarán de manera que se garantice la cobertura de las vacantes previstas en el ciclo. En caso necesario se podrá evaluar a los que puedan reunir las condiciones para el ascenso durante el ciclo de evaluación a fin de garantizar la citada cobertura.

*Art. 17. Evaluaciones para asistencia a determinados cursos de capacitación.—*

1. Las evaluaciones para determinar quienes deben ser seleccionados para asistir a los cursos de capacitación para el desempeño de lo cometidos de la categoría de Oficiales Generales y de los empleos de Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las básicas se llevarán a cabo normalmente por la misma Junta de Evaluación que realice las correspondientes al ascenso a los empleos de Coronel, Comandante y Subteniente, respectivamente, de modo simultáneo.

2. El número de evaluados a este fin y el de asistentes al curso será fijado previamente por el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

3. La relación de los propuestos se presentará por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo, el cual, una vez informada por el Consejo Superior y

teniendo en cuenta su propia valoración, la elevará al Ministro de Defensa, que aprobará con carácter definitivo quiénes deben asistir a los cursos citados.

*Art. 18. Evaluaciones para la asignación de mandos y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación.*

1. El Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente y, en su caso, del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, determinará los mandos y otros destinos para los que se requiera una evaluación previa a la asignación.

2. Para proceder a la evaluación de los destinables se reunirá, en el momento que se requiera, la Junta de Evaluación a que se refiere el artículo 8.b del presente Reglamento. El Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o, en su caso, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, elevará al Ministro de Defensa el resultado de la misma, salvo en los casos en que se ha delegado la adjudicación de estos destinos.

## TITULO II

### Ascensos

#### CAPITULO PRIMERO

#### Condiciones para el ascenso

*Art. 19. Régimen de ascensos.—* Los ascensos al empleo inmediato superior se producirán siempre que se reúnan las condiciones generales y particulares de los artículos siguientes y con ocasión de las vacantes en:

La Escala correspondiente, en el caso de los militares de carrera.

La plantilla asignada para los que complementan a una misma Escala de Militares de carrera, en el caso de los Militares de empleo de la categoría de Oficial.

Art. 20. *Condiciones generales.*— Para el ascenso a cualquier empleo militar es preceptivo tener cumplidas las siguientes condiciones generales:

El tiempo mínimo de servicios efectivos en el empleo que se dispone en el artículo 22 del presente Reglamento.

El tiempo mínimo de mando o función que se dispone en el capítulo III de este título y en el artículo 23 del presente Reglamento.

Haber sido evaluado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo 3 del título I del presente Reglamento, excepto para el ascenso a los empleos de General de División y Teniente General, y declarado apto para el ascenso cuando éste se deba producir por los sistemas de selección o de antigüedad.

Art. 21. *Condiciones particulares.*— Para el ascenso a los empleos de General de Brigada y Comandante de las Escalas superiores, Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas es preceptivo realizar los cursos que se contemplan en el artículo 26 del presente Reglamento.

Art. 22. *Tiempos mínimos de servicios efectivos.*— Los tiempos mínimos de servicios efectivos que se exigen en cada empleo para el ascenso al inmediato superior, según las diferentes Escalas, son:

a) *Militares de carrera*

Escala superior:	Años
Teniente	3
Capitán	6
Comandante	5
Teniente Coronel	4
Coronel	2

Escala media:

Alférez	3
Teniente	8
Capitán	7
Comandante	4

Escala básica:

Sargento	6
Sargento primero	5
Brigada	6
Subteniente	5

b) *Militares de empleo de la categoría de oficial*

Alféreces	5
-----------	---

Art. 23. *Tiempos de mando o función.*—1. Los tiempos mínimos de mando o función que en cada Ejército y en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas se exigen, en cada empleo, para el ascenso de los militares de carrera al inmediato superior son los que se señalan en el capítulo III de este título.

Para los militares de empleo de la categoría de oficial el tiempo de mando o función para el ascenso será de cuatro años en el empleo de Alférez.

2. Los Jefes del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire determinarán los destinos de la estructura orgánica de su respectivo Ejército donde se cumplen condiciones de mando o función, y pondrán al Ministro de Defensa los tiempos máximos de permanencia en los que corresponda, a fin de posibilitar el cumplimiento de las condiciones para el ascenso. Asimismo el Secretario de Estado de Administración Militar, y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa en su caso, determinarán aquellos otros destinos de la estructura del Ministerio Defensa en los que se cumplen condiciones de mando o función.

3. Con carácter general se aplicarán los siguientes criterios:

a) En el cómputo de los tiempos mínimos de mando o función establecidos podrá admitirse una tolerancia para su cumplimiento de treinta días por fracción de año.

b) La supresión de cualquier puesto orgánico en unidad, Centro u organismo donde se cumplieran tiempos de mando o función, supondrá para el interesado que lo ocupara la consideración de haber cumplido el tiempo mínimo exigido en el empleo o Escala, siempre que haya transcurrido los dos tercios de dicho tiempo.

*Art. 24. Determinación de la aptitud para el ascenso.*— 1. Las evaluaciones para el ascenso, tanto por el sistema de selección como por el de la antigüedad, darán origen en primer lugar a la declaración de aptitud o no aptitud de los evaluados.

2. El Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente someterá al Ministro de Defensa para su aprobación, las propuestas individualizadas de no aptitud para el ascenso en ambos sistemas. Una vez aprobadas, se comunicará a los no aptos la resolución recaída, que en todo caso habrá de ser motivada y con la expresión de los recursos correspondientes.

3. La declaración de no aptitud para el ascenso supondrá para el afectado la imposibilidad de obtenerlo durante el ciclo de evaluación.

4. Durante el período comprendido entre la fecha de la clasificación y el momento del ascenso, si concurrese alguna circunstancia debidamente probada que aconseje una nueva valoración de alguno de los clasificados, se llevará a cabo una evaluación extraordinaria que dejará en suspenso el resultado de la anterior. De producirse una declaración de no aptitud, anulará la anterior evaluación e impedirá el ascenso del afectado o afectados durante el resto del ciclo.

*Art. 25. Declaración definitiva de no aptitud para el ascenso.*— 1. Cuando se produzca por segunda vez una declaración de no aptitud para el ascenso, el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente elevará propuesta motivada al Ministro de Defensa para la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso, y, caso de ser aprobada, ordenará la iniciación de un expediente para determinar de existe insuficiencia de facultades profesionales a efectos del pase a la situación de reserva, de

acuerdo con lo previsto en el artículo 94 de la Ley, o la improrrogabilidad del compromiso en el caso de los militares de empleo de la categoría de oficial.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, quienes sean declarados no aptos para el ascenso con carácter definitivo no serán evaluados para el ascenso en lo sucesivo, y pasarán a la situación de reserva en el momento en que concurran en los mismos las circunstancias que prevé el artículo 103 de la Ley.

3. El militar de carrera que al corresponderle pasar a la situación de reserva por las causas citadas en este artículo no cuente con veinte años de servicios efectivos desde la adquisición de tal condición, pasará directamente a la situación de retiro, según lo previsto en el artículo 103 de la Ley.

*Art. 26. Cursos de capacitación.—*

1. Para poder ascender a los empleos de General de Brigada y Comandante de las Escalas superiores, Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas es preceptivo haber realizado un curso de capacitación para el desempeño de los cometidos de la categoría o empleo superior.

A la finalización de cada curso los Centros docentes militares emitirán una concepción de cada uno de los asistentes que formará parte del expediente académico.

2. Para ser convocados a los anteriores cursos de capacitación es nece-

sario encontrarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas:

Servicio activo.

Disponible.

Servicios especiales.

Primer año de excedencia voluntaria, cuando el pase a esta situación se haya concedido al amparo del apartado 3 del artículo 100 de la Ley.

3. Curso de capacitación para el ascenso al empleo de Comandante de las Escalas superiores.

a) La convocatoria de los cursos tendrá carácter general.

b) Los componentes de una misma promoción deberán ser convocados a un mismo curso, al que asistirán obligatoriamente de no darse alguna de las circunstancias que se contemplan en los apartados siguientes.

c) Aplazamiento. Los convocados al curso de capacitación, así como los que lo estén realizando, podrán solicitar aplazamiento por dos veces, por razones personales, debiendo acompañar a la solicitud la documentación justificativa.

El Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente podrá adelantar o aplazar la asistencia al curso por necesidades excepcionales del servicio, siempre que el aplazamiento no suponga retraso en la fecha prevista para el ascenso del interesado.

d) Baja. Serán motivo de baja en el curso con opción a una nueva convocatoria:

Pase a alguna de las situaciones administrativas no incluidas en el apartado 2 de este artículo, excepto reserva.

Faltas de asistencia por motivos justificados en los porcentajes que se determinen.

Serán motivo de baja en el curso sin opción a una nueva convocatoria:

Pese a la situación de reserva.

Faltas de asistencia sin motivo justificado en los porcentajes que se determinen.

A petición propia.

Pérdida de la condición de militar de carrera.

e) **Renuncias.** Los Capitanes que habiendo sido convocadas al curso de capacitación soliciten la renuncia al mismo, perderán el derecho a ser convocados nuevamente.

4. Cursos de capacitación para el ascenso a los empleos de General de Brigada, Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas.

a) La convocatoria a los cursos respectivos tendrá carácter limitado. Los concurrentes serán seleccionados mediante los sistemas de evaluación regulados en el artículo 17 del presente reglamento.

b) **Aplazamiento.** Los convocados a estos cursos, así como los que lo estén, podrán solicitar aplazamiento por dos veces, por razones personales, debiendo acompañar a la solicitud la documentación justificativa.

c) Baja. Se causará baja en el curso, con opción a una nueva convocatoria en caso de ser nuevamente seleccionado, por alguna de las siguientes circunstancias:

Pase a alguna de las situaciones administrativas no incluidas en el apartado 2 de este artículo, excepto reserva.

Faltas de asistencia por motivos justificados en los porcentajes que se determinen.

Se causará baja en el curso, sin opción a una nueva convocatoria, por alguna de las siguientes circunstancias:

Pase a la situación de reserva.

Faltas de asistencia sin motivo justificado en los porcentajes que se determinen.

A petición propia.

Pérdida de condición de militar de carrera.

d) **Renuncias.** En caso de renunciar al curso no se podrá optar de nuevo a él.

## CAPITULO II

### **Regulación de los ascensos**

Art. 27. *Ordenación para el ascenso.*—1. Para el sistema de ascenso por

elección, el Jefe de Estado del Ejército correspondiente elevará al Ministro de Defensa la propuesta de orden de clasificación de la evaluación para el ascenso a General de Brigada, acompañada de su propio informe. Asimismo elevará las propuestas de ascenso a Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas según el orden de clasificación resultante de las evaluaciones para el ascenso por ellos aprobados.

2. Para el sistema de ascenso por selección el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente elevará al Ministro de Defensa el orden de clasificación en cada Escala y empleo, dentro de los porcentajes establecidos en el artículo 82 de la Ley. Aprobado por el Ministro de Defensa el ordenamiento definitivo, se publicará en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» los quedaban ascender por orden de clasificación.

3. El ascenso por el sistema de antigüedad se producirá por orden de escalafón de los declarados aptos para el ascenso.

*Art. 28. Adjudicación de las vacantes y concesión de los ascensos.*—1. Las vacantes que se den al ascenso en los empleos de Oficial General serán determinadas por el Gobierno a propuesta del Ministro de Defensa. Los ascensos serán concedidos por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa, quien para efectuarla valorará las evaluaciones para el ascenso a General de Brigada y el informe del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

2. las vacantes que se den al ascenso en los empleos de Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las básicas serán determinadas por el Ministro de Defensa a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente. Los ascensos serán conferidos por el Ministro de Defensa o por la autoridad en quien delegue.

3. Los ascensos por el sistema de selección se darán en el momento en que se produzcan las correspondiente vacantes y serán conferidos por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, o autoridad en quien delegue, en el orden aprobado por el Ministerio de Defensa para el ascenso por orden de clasificación y en el orden de antigüedad para el resto.

4. Las vacantes que se produzcan en los empleos a los que corresponde el ascenso por antigüedad se darán en el momento en que se produzcan, siendo conferidos los ascensos por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo, o autoridad en quien delegue, en el orden del escalafón.

5. Si al corresponder un ascenso el interesado no reuniera todas las condiciones exigidas para el mismo, no ascenderá hasta tenerlas cumplidas.

Cuando la falta de condiciones se haya producido por razones de enfermedad o como consecuencia de haber permanecido prisionero o desaparecido en el caso de que del expediente se dedujeran razones justificadas de la ausencia, o en situación de suspenso de

funciones cuando el regreso a la situación de servicio activo sea consecuencia de sentencia absolutoria, sin declaración de responsabilidad, el afectado recuperará su puesto en el escalafón en el momento del ascenso, y se le asignará la antigüedad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Ley.

Cuando la falta de condiciones sea debida a cualquier otra causa, el puesto en el escalafón que se le asigne en el nuevo empleo será el que le corresponda en el momento de producirse el ascenso.

6. Los excedentes que se deriven de la reincorporación a las situaciones de servicio activo y disponible de los que se encuentren en las de servicios especiales, excedencia voluntaria, suspendo de empleo o suspenso de funciones, así como los que se deriven de la aplicación al punto anterior, se eliminarán progresivamente, para lo que se dará al ascenso las tres primeras vacantes de cada cuatro que se produzcan, amortizándose la cuarta.

Cuando los oficiales Generales cesen en los cargos a los que se refiere el artículo 31.3 de la ley, el exceso que se produzca se amortizará con ocasión de la primera vacante.

*Art. 29. Fecha de la antigüedad en el empleo.*—1. La fecha de antigüedad con que se conferirá un empleo será la del día siguiente a aquel en que se produzca la vacante que origine el ascenso, salvo en los supuestos especiales que se regulan en los restantes apartados de este artículo.

2. La fecha de antigüedad con que se confiera un empleo de Oficial General será la que acuerde el Consejo de Ministros.

La vacante que se produzca en algún empleo de Oficial General de una Escala producirá ascenso al empleo de Coronel, con independencia de que el Gobierno, en aplicación del artículo 85.2 de la Ley, decida promover el correspondiente ascenso a Oficial General. El excedente en el empleo de coronel que pueda derivarse del mencionado ascenso se amortizará con ocasión del primer ascenso a General de Brigada.

3. Cuando una vacante no pueda cubrirse por no existir personal que reúna las condiciones para el ascenso se cubrirá posteriormente en cuanto haya personal que las reúna. Todo ello sin perjuicio de dar al ascenso la vacante que se hubiera producido en el empleo inferior, de no existir la anterior circunstancia.

El exceso de plantilla en un determinado empleo que pueda crearse por este motivo será amortizado con los primeros ascensos que se produzcan al empleo superior.

4. En el caso de que, por cualquier causa, al producirse la vacante no se siga de forma inmediata el ascenso, cuando con posterioridad se alcance éste, podrá asignarse como fecha de antigüedad en el nuevo empleo la del día siguiente al de producirse la vacante en que debió haberse ascendido, siempre que las causas del retraso sean ajenas al afectado. En este caso, la resolución de

ascenso fijará también la fecha en que deben comenzar los efectos económicos. En caso contrario la fecha de antigüedad en el nuevo empleo será la correspondiente al día en que se cumplan las condiciones para el ascenso.

5. Cuando se produzca más de una vacante en la misma fecha, el orden de escalafonamiento en el nuevo empleo será el mismo que en el de procedencia en los ascensos por antigüedad, y el derivado de la clasificación en los que correspondan por el sistema de selección. La fecha de antigüedad en el empleo será en este caso la misma para todos los ascendidos.

Art. 30. *Efectos administrativos.*— El ascenso surtirá efectos administrativos a partir de la fecha de antigüedad conferida al mismo, con excepción de las retribuciones, que comenzarán a percibirse de acuerdo con lo que dispongan las normas vigentes sobre esta materia.

### CAPITULO III

#### Tiempos mínimos de mando o función

Art. 31. *Tiempos mínimos de mando o función en el Ejército de Tierra.*— Para ascender al empleo inmediato superior será necesario haber cumplido los tiempos mínimos de mando o función que, para cada Cuerpo y Escala, se dispone en los apartados siguientes:

1. Tiempos mínimos de mando o función en la Escala superior del Cuerpo General de las Armas:

	Mando o función Años
Teniente .....	3
Capitán.....	4
Comandante .....	3
Teniente Coronel.....	2

De este tiempo de mando o función deberá cumplirse en los destinos de mando que determine el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra en el Cuartel General, así como en las Unidades Tácticas y Logísticas de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza, los siguientes tiempos mínimos de mando:

	Mando - Años
Teniente .....	3
Capitán.....	2
Entre Comandante y Teniente Coronel .....	2

2. Tiempos mínimos de función en las Escalas superiores de los Cuerpos de Intendencia e Ingenieros Politécnicos:

	Función - Años
Teniente .....	3
Capitán.....	5
Comandante .....	3
Teniente Coronel.....	3

Los Tenientes Coroneles y Comandantes deberán cumplir el tiempo mínimo en uno de los empleos en puestos orgánicos del propio Ejército.

3. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas medias del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Especialistas:

	Mando o función - Años
Alférez .....	3
Teniente .....	5
Capitán.....	5
Comandante.....	3

De este tiempo de mando o función los pertenecientes al Cuerpo General de las Armas deberán cumplir los destinos de mando que determine el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra en el Cuartel General, así como en las Unidades Tácticas y Logísticas de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza, los siguientes tiempos mínimos de mando:

	Mando - Años
Alférez .....	3
Teniente .....	4
Capitán.....	2

4. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas básicas del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Especialistas:

	Mando o función - Años
Sargento.....	5
Sargento Primero.....	4

Brigada.....	4
Subteniente.....	3

De este tiempo de mando o función los pertenecientes al Cuerpo General de las Armas deberán cumplir en los destinos de mando que determine el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra en el Cuartel General, así como en las Unidades Tácticas y Logísticas de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza, los siguientes tiempos mínimos de mando:

	Mando - Años
Sargento.....	5
Sargento Primero.....	3

Art. 32. *Tiempos mínimos de mando o función en la Armada.*—Para ascender al empleo inmediato superior será necesario haber cumplido los tiempos mínimos de mando o función que, para cada Cuerpo y Escala, se disponen en los apartados siguientes:

1. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas superiores del Cuerpo General e Infantería de Marina:

	Mando o función - Años
Alférez de Navío o Teniente ...	3
Teniente de Navío o Capitán ..	5
Capitán de Corbeta o Comandante.....	3
Capitán de Fragata o Teniente Coronel .....	2

2. Tiempos mínimos de función en las Escalas superiores de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros:

	Función - Años
Alférez de Navío o Teniente ...	3
Teniente de Navío o Capitán ..	5
Capitán de Corbeta o Comandante.....	3
Capitán de Fragata o Teniente Coronel.....	3

Los Capitanes de Fragata o Tenientes Coroneles y los Capitanes de Corbeta o Comandantes deberán cumplir el tiempo mínimo en uno de los dos empleos en puestos orgánicos de la Armada.

3. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas medias del Cuerpo General, Infantería de Marina y Cuerpo de Especialistas:

	Mando o función - Años
Alférez de Fragata o Alférez ..	3
Alférez de Navío o Teniente ...	6
Teniente de Navío o Capitán ..	5
Capitán de Corbeta o Comandante.....	2

4. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas básicas del Cuerpo de Especialistas e Infantería de Marina:

	Mando o función - Años
Sargento.....	5
Sargento Primero.....	4

Brigada.....	4
Subteniente.....	4

Art. 33. *Tiempos mínimos de mando o función en el Ejército del Aire.*- Para ascender al empleo inmediato superior será necesario haber cumplido los tiempos mínimos de mando o función que, para cada Cuerpo y Escala, se disponen en los apartados siguientes:

1. Tiempos mínimos de mando o función en la Escala superior del Cuerpo General:

	Mando o función - Años
Teniente .....	3
Capitán.....	5
Comandante .....	3
Teniente Coronel.....	3

Los Tenientes Coroneles y Comandantes deberán cumplir, en uno de los dos empleos, este tiempo mínimo en puestos orgánicos del Ejército del Aire cuya ocupación lleve implícito el ejercicio de mando. Excepcionalmente el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, oído el Consejo Superior del mismo, podrá autorizar la acumulación de tiempos entre los empleos de Teniente Coronel y Comandante.

Los Capitanes y Tenientes deberán cumplir el tiempo mínimo fijado en puestos de plantilla correspondiente a Unidades Aéreas o Unidades de Fuerzas Aéreas.

2. Tiempos mínimos de función en las Escalas superiores de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros:

	Función - Años
Teniente .....	3
Capitán.....	5
Comandante.....	3
Teniente Coronel.....	3

Los Tenientes Coroneles y Comandantes deberán cumplir, en uno de los dos empleos, este tiempo mínimo en puestos orgánicos del Ejército del Aire. Excepcionalmente el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, oído el Consejo Superior del mismo, podrá autorizar la acumulación de tiempos entre los empleos de Teniente Coronel y Comandante.

3. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas medias del Cuerpo General y del Cuerpo de Especialistas:

	Mando o función - Años
Alférez .....	3
Teniente .....	5
Capitán.....	5
Comandante.....	3

Los Comandantes del Cuerpo General deberán cumplir este tiempo mínimo en puestos orgánicos del Ejército del Aire cuya ocupación lleve implícito el ejercicio del mando.

4. Tiempos mínimos de mando o función en las Escalas básicas del Cuer-

po General y del Cuerpo de Especialistas:

	Mando o función - Años
Sargento.....	5
Sargento Primero.....	4
Brigada.....	4
Subteniente.....	3

Art. 34. *Tiempos mínimos de función en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.*—Para ascender al empleo superior en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas será necesario haber cumplido los tiempos mínimos de función que para cada Escala se relacionan en los apartados siguientes. Se cumplirán en los destinos que determine el Secretario de Estado de Administración Militar.

1. Tiempos mínimos de función en las Escalas superiores:

	Función - Años
Teniente .....	3
Capitán.....	5
Comandante .....	3
Teniente Coronel.....	3

2. Tiempos mínimos de función en la Escala media:

	Función - Años
Alférez .....	3
Teniente .....	5
Capitán.....	5
Comandante.....	3

3. Tiempos mínimos de función en la Escala básica:

	Función — Años
Sargento.....	5
Sargento Primero.....	4
Brigada.....	4
Subteniente.....	3

## CAPITULO IV

### Recursos

Art. 35. *Recursos*.—Contra las resoluciones del Director general de Personal o de los Mandos o Jefaturas de Personal de los Ejércitos en materia de abstención y recusación se podrán interponer, respectivamente, recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar o ante el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo.

Contra las resoluciones del Secretario de Estado de Administración Militar o del Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo se podrá interponer recurso de alzada ante el Ministro de Defensa.

Contra las resoluciones del Ministro de Defensa se podrá interponer recurso de reposición previo a la vía contencioso-administrativa.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. *Referencias a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas*.—

1. Las referencias que en el presente Reglamento se hacen al Ejército de Tie-

rra, a la Armada y al Ejército del Aire se entenderán hechas a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas por lo que respecta al personal de estos Cuerpos. Igualmente, las referencias a los Consejos Superiores de los Ejércitos se entenderán hechas a las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

2. Para las evaluaciones y clasificaciones en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas se constituirán de forma análoga a la establecida en el capítulo II del título I de este Reglamento, las correspondientes Juntas permanentes y eventuales de evaluación, que se determinarán reglamentariamente en el Real Decreto que desarrolle lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley. También se constituirá una Secretaría Permanente para la Evaluación y Clasificación en la Dirección General de Personal.

Segunda. *Competencias del Secretario de Estado de Administración Militar y del Director general de Personal*.—

1. Las competencias que en el presente Reglamento se asignan a los Jefes del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, en relación con el personal de sus respectivos Ejércitos, corresponderán al Secretario de Estado de Administración Militar en lo referente al personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

2. Asimismo, las competencias que se asignan a los Jefes de los Mandos o Jefaturas de Personal de los respectivos Ejércitos le corresponderán al Director general de Personal del Ministerio

de Defensa, en lo referente a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

*Tercera. Ciclos de evaluación.*—El Ministro del Defensa, a propuesta del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá modificar la duración y la fecha de inicio de los ciclos de evaluación de conformidad con lo previsto en el artículo 89.3 de la Ley.

*Cuarta. Limitación para el ascenso y pérdida de puestos en el escalafón.*—Los militares de carrera que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, tuvieran limitación legal para alcanzar determinados empleos o que hubiesen sufrido pérdida de puestos en el escalafón por aplicación de la normativa anterior, mantendrán estas limitaciones.

Con independencia de lo expuesto en el apartado anterior, en los Cuerpos y Escalas en los que con anterioridad a la Ley se exigiese la superación de un curso para el ascenso a determinados empleos y con la nueva normativa no se exija el citado curso, aquellos que no hubieran ascendido por no haberlo superado quedarán exentos de esta limitación, pero la pérdida de puestos en el escalafón será definitiva.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

*Primera. Evaluaciones.*—Los ascensos por elección a los empleos de Teniente Coronel de las Escalas medias y Suboficial Mayor de las Escalas básicas, así como los ascensos por selección, se iniciarán a partir del 1 de julio de 1991, una vez efectuadas las correspondientes evaluaciones.

En tanto no se determinen las normas objetivas de valoración por el Ministro de Defensa, los ascensos por los sistemas de elección, selección y antigüedad se producirán por aplicación de las normas de evaluación existentes en cada Ejército adaptadas a estos fines.

Hasta el 1 de julio de 1991, los que debieran ascender por los sistemas de selección o antigüedad lo harán con ocasión de vacante y respetando los actos que se hayan realizado en materias de clasificación y evaluaciones, por aplicación de las normas anteriormente vigentes.

*Segunda. Tiempos de servicios efectivos y de mando o función.*—Con independencia de lo que preceptúa la disposición transitoria cuarta de la Ley, hasta el 31 de diciembre de 1993 los tiempos de servicios efectivos y los de mando o función que se exigen para el ascenso al empleo inmediato superior serán los que disponía la legislación anterior en aquellos casos en que se derive beneficio.

En los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, hasta el 31 de diciembre de 1993, los que en su actual empleo no tuvieran perfeccionados los tiempos de servicios efectivos o de función que se exigen en el presente Reglamento se registrarán, a estos efectos, en cuanto les beneficie por la legislación anterior del Ejército que la tuviera más favorable para el Cuerpo Correspondiente.

*Tercera. Insuficiencia psicofísica.*—Hasta tanto no se determinen los cuadros de insuficiencia de condiciones psicofísicas, los Tribunales competentes y los procedimientos de actuación en la

materia continuará siendo de aplicación la Orden del Ministro de Defensa 7/1987, de 29 de enero, a efectos del pase a la situación de reserva, o, en su caso, retiro por pérdida de condiciones psicofísicas.

Los dictámenes médicos serán remitidos a la Junta de Evaluación de carácter permanente del Ejército respectivo, o al Consejo Superior cuando afecte a Oficiales Generales, quienes elevarán el expediente al Jefe del Estado Mayor de su Ejército, quien propondrá al Ministro de Defensa la resolución que proceda.

*Cuarta. Cursos de capacitación para el ascenso.*—Hasta el 1 de enero de 1993 no se exigirán los cursos de capacitación a que se refiere el artículo 26 del Reglamento en aquellas Escalas y empleos en los que no se realizasen con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, o en aquellas en las que, aun realizándose, no se les haya exigido a todos sus componentes para el ascenso al empleo superior.

*Quinta. Vacantes para el ascenso.*—Para el ascenso a los empleos de las distintas Escalas, el Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá fijar las vacantes que deban darse al ascenso de forma progresiva en cada empleo hasta el 30 de junio de 1991.

*Sexta. Tiempos de servicios efectivos y de función en la Escala media del Cuerpo Militar de Sanidad.*—En el empleo de Alférez de la Escala media

del Cuerpo Militar de Sanidad se contabilizarán como tiempos de servicios efectivos y de función los que se hayan perfeccionado en los empleos de suboficiales en las Escalas de procedencia.

*Séptima. Ascensos de militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales.*—Hasta la aprobación por el Ministro de Defensa de las normas sobre evaluaciones y ascensos de los militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales, este personal se regirá en estas materias por lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Defensa 76/1989, de 3 de octubre, que continuará en vigor hasta que sea derogada de forma expresa.

*Octava. Ascensos de Subtenientes al pasar a la situación de reserva.*—El orden de escalafón en la situación de reserva de los Subtenientes que hayan ascendido a Teniente por aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley será el mismo que el que tenían en la situación de actividad. A tal fin, en el momento del pase a la Reserva se modificará la antigüedad en el empleo de Teniente de los que lo requieran, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley.

*Novena. Ascensos en la Guardia Civil.*—Hasta tanto no se desarrolle reglamentariamente el régimen de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del personal perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil seguirá rigiéndose por las disposiciones hasta ahora en vigor.

## MINISTERIO DE DEFENSA

31086

*REAL DECRETO 1637/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas Reglamentarias de Integración de Escalas de las Fuerzas Armadas.*

La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, establece una nueva estructura de Cuerpos y Escalas del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, disponiendo los elementos que han de conjugarse para adaptar la anterior estructura a la creada por esta Ley.

La disposición adicional undécima de la Ley 17/1989, antes citada, autoriza al Gobierno a determinar las normas reglamentarias de integración.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 20 de diciembre de 1990.

### DISPONGO:

Artículo 1º Se aprueban las Normas Reglamentarias de Integración de Escalas de las Fuerzas Armadas que figuran como anexo al presente Real Decreto.

Las presentes Normas son de aplicación a los militares de carrera que se encuentren en situación de servicio activo y a los que, encontrándose en otras situaciones, puedan reintegrarse a la de servicio activo, así como a los pertenecientes a las Escalas de Complemento que no se encuentren en situación de reserva del servicio militar o licencia absoluta.

Art. 2.º Las Escalas de origen que hayan de integrarse entre sí para construir cada una de las nuevas Escalas creadas por la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (en adelante la Ley) lo harán con los datos personales de empleo y tiempo de servicios efectivos referidos a una misma fecha.

El Secretario de Estado de Administración Militar en el caso de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, el de la Armada y el del Ejército del Aire en sus respectivos Ejércitos, propondrán al Ministro de Defensa las fechas de constitución de las nuevas Escalas, que en todo caso permitirán que las integraciones se realicen antes del 31 de marzo de 1991.

Art. 3.º Constituida cada una de las nuevas Escalas, los órganos de gestión de personal procederán a la publicación provisional del escalafón de cada

una en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», antes de 1 de junio de 1991, quedando abierto un plazo de quince días para que ante los respectivos Mandos o Jefaturas de Personal o ante el Director general de Personal, en el caso de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, se formulen las alegaciones personales que sobre la indebida o errónea aplicación de las Normas se hayan apreciado.

Finalizado el plazo anterior, y tras la resolución de las alegaciones que se hayan presentado, el Ministro de Defensa ordenará la publicación definitiva del escalafón de cada Escala en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», pudiéndose interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa, previo al contencioso-administrativo.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. En la fecha de constitución efectiva de cada una de las nuevas Escalas quedan derogadas en lo que les afecte, excepto para el personal que permanezca en las Escalas declaradas a extinguir por la Ley 17/1989, de 19 de julio, para el que continuará en vigor hasta el desarrollo de su disposición adicional séptima, las siguientes disposiciones, entre las que se incluyen las que conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria de la Ley, habiendo tenido rango de Ley, han continuado en vigor con carácter reglamentario:

Real Decreto de 31 de agosto de 1911, que crea el Cuerpo de Intendencia y dicta normas para su funcionamiento.

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.

Decreto de 22 de noviembre de 1946, de reorganización de la Reserva Naval.

Ley de 22 de diciembre de 1955, que regula el ingreso y permanencia en el Cuerpo de Suboficiales y en la Escala Auxiliar del Ejército de Tierra, modificada por la Ley 4/1972, de 26 de febrero.

Orden de 9 de noviembre de 1960, sobre categorías de Sargento 1º y Subteniente en la Legión.

Orden de 9 de noviembre de 1968, sobre empleo de Suboficiales en las Compañías de Mar.

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 el personal del Arma de Aviación y Cuerpos del Ejército del Aire procedentes de enseñanza militar superior, modificada por Real Decreto-ley 29/1977, de 2 de junio.

Decreto 1189/1971, de 14 de mayo, sobre cambio de arma o Cuerpo de los Oficiales de Complemento del Ejército de Tierra.

Decreto 3048/1971, de 2 de diciembre, sobre Escalas de Complemento de las Fuerzas Armadas.

Ley 19/1973, de 21 de julio, de Especialistas de la Armada.

Ley 18/1975, de 2 de mayo, de reorganización del Arma de Aviación.

Real Decreto 2917/1976, de 30 de octubre, sobre el personal de las Músicas de las Fuerzas Armadas.

Ley 39/1977, de 8 de junio, de modificación de la estructura del Cuerpo de Suboficiales Especialistas 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 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 132/1986, de 24 de enero, que desarrolla la Ley 9/1985, de 10 de abril.

Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

Real Decreto 2/1989, de 13 de enero, por el que se regula la forma de acceso a las Escalas de Complemento de las Fuerzas Armadas.

2. Asimismo, quedan derogadas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Por el Ministro de Defensa se dictarán cuantas normas sean precisas para el desarrollo del presente Real Decreto.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de enero de 1991.

Dado en Madrid a 20 de diciembre de 1990.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Defensa,  
NARCIS SERRA I SERRA

**NORMAS REGLAMENTARIAS DE  
INTEGRACION DE  
ESCALAS DE LAS FUERZAS  
ARMADAS**

**INDICE**

**TITULO PRIMERO**

**Condiciones para la integración**

**CAPITULO PRIMERO**

**Integración de las Escalas**

Artículo 1º *Escalas a integrar.*

**CAPITULO II**

**Integración opcional**

Art. 2º *Escalas a integrar.*

Art. 3º *Solicitud de integración.*

Art. 4º *Personal que no se integra.*

**CAPITULO III**

**Escalas de Complemento**

Art. 5º *Escalas a integrar.*

Art. 6º *Condiciones para la integración.*

Art. 7º *Régimen del personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que no se integre.*

**TITULO II**

**Normas de integración**

Art. 8º *Generalidades.*

Art. 9º *Constitución de conjuntos.*

Art. 10º *Ordenación e integración de conjuntos.*

Art. 11º *Proceso de integración opcional.*

Art. 12º *Proceso de integración de Escalas de Complemento.*

Art. 13º *Escalafón único.*

Art. 14º *Modificaciones del orden de escalafón.*

## TITULO PRIMERO

### Condiciones para la integración

#### CAPITULO PRIMERO

#### Integración de las Escalas

Artículo 1.º *Escalas a integrar.*—  
En las Escalas creadas por la Ley,  
quedan integradas las actualmente  
existentes de la siguiente forma:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra:

Escala Activa de Jefes y Oficiales de Intendencia.

5. Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra:

Rama de Armamento y Material de la Escala Activa de Ingenieros Superiores de Armamento y Construcción.

Rama de Construcción y Electricidad de la Escala Activa de Ingenieros Superiores de Armamento y Construcción.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. Escala Superior del Cuerpo de Infantería de Marina:

Escala Básica del Cuerpo de Infantería de Marina.

10. Escala Básica del Cuerpo de Infantería de Marina:

Escala Especial, modalidad «A», del Cuerpo de Infantería de Marina.

11. Escala Media del Cuerpo de Infantería de Marina:

Sección de Infantería de Marina de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales.

12. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia de la Armada:

Escala Activa del Cuerpo de Intendencia.

13. 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.

14. 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.

15. Escala Básica del Cuerpo de Especialista 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.

16. Escala Superior del Cuerpo General del Ejército del Aire:

Escala del Aire del Arma de Aviación.

Escala de Tierra del Arma de Aviación.

Escala de Tropas y Servicios del Arma de Aviación.

17. 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.

18. Escala Básica del Cuerpo General del Ejército del Aire:

Escala de Suboficiales de Tropas y Servicios.

Escala de Especialistas Operadores de Alerta y Control.

19. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire:

Cuerpo de Intendencia.

20. Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire:

Escala de Ingenieros Aeronáuticos.

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. 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.

25. Escala Superior del Cuerpo de Músicos Militares:

Escala de Directores Músicos del Ejército de Tierra.

Escala de Directores Músicos del Cuerpo de Infantería de Marina.

Escala de Directores Músicos del Ejército del Aire.

26. 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.

## CAPITULO II

### Integración opcional

Art. 2.º *Escalas a integrar*.—El personal de las Escalas declaradas a extinguir por la Ley podrá optar por integrarse en las Escalas que a continuación se relacionan:

1. Escala Media del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra: Los procedentes de la Escala Legionaria de Jefes y Oficiales de Infantería del Ejército de Tierra y la Escala de Mar de Oficiales de Infantería del Ejército de Tierra.

2. Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra: Los procedentes de la Rama de Armamento y Material y de la Rama de Construcción y Electricidad de la Escala Activa de Ingenieros Técnicos de Armamento y Construcción.

3. Escala Media del Cuerpo General de la Armada: Los procedentes de la Reserva Naval Activa, Servicio de Puente y Servicio de Máquinas.

4. Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.

5. Escala Básica del Cuerpo de Especialistas de la Armada: Los procedentes de la Sección de Vigilancia de Costas y Puertos de la Escala Básica del Cuerpo de Suboficiales de la Armada.

Art. 3.º *Solicitud de integración.*—El personal de los Cuerpos y Escalas mencionados en el artículo anterior que desee integrarse en las Escalas que en el mismo artículo se indican, lo solicitará mediante instancia dirigida al Mando o Jefatura de Personal de su Ejército, o al Director general de Personal en el caso de los Cuerpos Comunes, antes del 31 de enero de 1991.

Art. 4.º *Personal que no se integra.*—El personal de las Escalas relacionadas en los puntos 2 y 3 de la disposición adicional sexta de la Ley no contemplados en el artículo 2 de estas Normas, y aquellos que no soliciten integrarse en las Escalas indicadas en el mencionado artículo, se regirán por el régimen regulado en la citada Ley con las adaptaciones que se determinen reglamentariamente.

### CAPITULO III

#### **Escalas de Complemento**

Art. 5.º *Escalas a integrar.*—Los militares pertenecientes a las Escalas de Complemento y Reserva Naval, que no se encuentren en situación de reserva o licencia absoluta del servicio militar, y que reúnan las condiciones establecidas en el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley, se integrarán en las Escalas que a continuación se indican. Los que no tengan reconocida su continuación en servicio hasta la edad de retiro, así como

los afectados por el punto 4 de este artículo, deberán solicitar la integración en la misma forma y plazo que se dispone en el artículo 3 de las presentes Normas:

1. Escala Media del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra: Los procedentes de las Escalas de Complemento de Jefes y Oficiales de Infantería, Caballería, Artillería e Ingenieros.

2. Escala Básica del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra: Los procedentes de las Escalas de Complemento de Suboficiales de Infantería, Caballería, Artillería e Ingenieros.

3. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra: Los procedentes de la Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Intendencia. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

4. Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra: Los procedentes de la Escala de Complemento de Jefes y Oficiales de Intendencia que no reúnan las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

5. Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra: Los procedentes de la Escala de Complemento de Suboficiales Especialistas del Ejército de Tierra y de la Escala de Complemento de Suboficiales de Intendencia.

6. Escala Media del Cuerpo de Infantería de Marina: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo de Infantería de Marina.

7. Escala Básica del Cuerpo de Infantería de Marina: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, Sección de Infantería de Marina.

8. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia de la Armada: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo de Intendencia de la Armada. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

9. Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros de la Armada: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo de Ingenieros de la Armada. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

10. Escala Media del Cuerpo de Especialistas de la Armada: Los procedentes de las Escalas de Complemento del Cuerpo General-Sección de Operaciones y Armas y Sección de Energía y Propulsión.

11. Escala Básica del Cuerpo de Especialistas de la Armada: Los procedentes de las Escalas de Complemento del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, Sección de Operaciones y Armas, Sección de Energía y Propulsión, Sección de Administración (Escribientes) y Sección de Vigilancia de Costas y Puertos.

12. Escala Media del Cuerpo General del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Complemento del Aire y los de la Escala de Complemento de Tropas y Servicios (Oficiales).

13. Escala Básica del Cuerpo General del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Complemento de Tropas y Servicios (Suboficiales).

14. Escala Superior del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

15. Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Complemento de Ingenieros Aeronáuticos. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

16. Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire: Los procedentes de la Escala de Complemento de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.

17. Escala Superior del Cuerpo Jurídico Militar. Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo Jurídico Militar. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

18. Escala Superior del Cuerpo Militar de Intervención: Los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo Militar de Intervención. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

19. Escala Superior del Cuerpo Militar de Sanidad: Los procedentes de las Escalas de Complemento de Jefes y Oficiales de Sanidad, Farmacia y Ve-

terinaria del Ejército de Tierra, los de las Escalas de Complemento del Cuerpo de Sanidad, Sección de Medicina y Sección de Farmacia de la Armada, los de las Escalas de Complemento del Cuerpo de Sanidad y del Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

20. Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad: Los procedentes de las Escalas de Complemento de Suboficiales de Sanidad, Farmacia y Veterinaria del Ejército de Tierra y de los de la Escala de Complemento del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, Sección de Ayudantes Técnicos Sanitarios. Deberán cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

Art. 6.º *Condiciones para la integración.*—Para la integración de los miembros de las Escalas de Complemento que se relacionan en los siguientes apartados, se exigirán los títulos que para cada Escala se indica:

1. Los que se integren en la Escala Superior de los Cuerpos de Intendencia e Ingenieros de los Ejércitos. Título de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto.

2. Los que se integren en el Cuerpo Jurídico Militar. Licenciatura en Derecho.

3. Los que se integren en el Cuerpo Militar de Intervención. Licenciatura en Ciencias Económicas, Ciencias Empresariales o Derecho.

4. Los que se integren en la Escala Superior del Cuerpo Militar de Sanidad. Licenciatura en Medicina y Cirugía, Farmacia o Veterinaria.

5. Los que se integren en la Escala Media del Cuerpo Militar de Sanidad. Diplomado en Enfermería o Fisioterapia o Ayudantes Técnicos Sanitarios.

Art. 7.º *Régimen del personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que no se integre.*—El personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que no se encuentre en situación de reserva del servicio militar o licencia absoluta, que en el momento de la entrada en vigor de la Ley lleve más de seis años de servicios efectivos en las mencionadas Escalas, no tenga reconocida su permanencia hasta la edad de retiro y no haya solicitado integrarse, permanecerá en sus Escalas de origen declaradas a extinguir hasta finalizar el compromiso que tuvieran adquirido sin posibilidad de prórroga.

El personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval, que no se encuentre en situación de reserva del servicio militar o licencia absoluta, que en el momento de la entrada en vigor de la Ley lleve más de seis años de servicios efectivos en las mencionadas Escalas y no posea la titulación exigida para integrarse en las Escalas indicadas en el artículo 5 de estas Normas, permanecerá en sus Escalas de origen declaradas a extinguir, con las adaptaciones que reglamentariamente se establezcan.

## TITULO II

### Normas de integración

Art 8.º *Generalidades.*—La integración en las Escalas creadas por la Ley, se realizará por aplicación de las

Normas contenidas en el presente Título y dará lugar a un escalafón único para cada una de las escalas Superiores, Medias o Básicas, que se constituirán según el proceso siguiente:

1.º Constitución de conjuntos, en función del tiempo de servicios efectivos, en cada una de las Escalas de origen.

2.º Ordenación e integración de conjuntos.

3.º Constitución del escalafón único para cada una de las nuevas Escalas.

Art. 9.º *Constitución de conjuntos.*— En cada una de las Escalas que han de integrarse, con las salvedades contenidas en las disposiciones adicionales a las presentes Normas, se formarán conjuntos que agrupen a todos aquellos miembros que tengan el mismo tiempo de servicios efectivos desde el acceso a su respectiva Escala de origen.

Para la configuración de los conjuntos se tendrá en cuenta las siguientes reglas:

1. Dentro de cada conjunto los integrantes conservarán el ordenamiento que tuvieron en el momento de la aplicación de estas Normas.

2. Aquellos que, en el momento de aplicación de estas Normas, se encuentren situados en el escalafón actual en una posición relativa distinta a la que les correspondería por su tiempo de servicios efectivos, como consecuencia de la aplicación de la normativa anterior, se les considerará como tal tiempo el del primero que le precede cuya posición relativa no se haya modificado, a efectos de lograr su ubicación en un conjunto.

3. Cuando todos los que se van a integrar en una de las nuevas Escalas hayan accedido a su actual Escala por promoción interna, se considerará Escala de origen aquella en la que obtuvieron el primer empleo como militar de carrera. Se excluyen aquellos casos en los que el cambio de Escala haya supuesto una variación en el orden de escalafón anterior.

Art. 10. *Ordenación e integración de conjuntos.*— Una vez establecidos los conjuntos por aplicación del artículo anterior, éstos se ordenarán por tiempos de servicios efectivos de mayor a menor.

En el caso de que varios conjuntos estén asociados a un mismo tiempo de servicios efectivos, se aplicará a los miembros de cada conjunto la siguiente fórmula:

$C_i = (P - 0.5) / N$  en la que:

N Número de componentes del conjunto de cada una de las Escalas de origen.

P Número de origen que cada uno ocupa en el conjunto.

$C_i$  Coeficiente de integración.

Deducidos los coeficientes de integración, se ordenará a los de los diversos conjuntos que han de integrarse entre sí por los coeficientes de integración tomados de menor a mayor, resolviéndose, en caso de igualdad, a favor del de mayor edad.

Finalizado el proceso, en uno u otro caso, se obtiene un ordenamiento que constituye el paso previo para configurar el escalafón único.

Cuando en alguno de los conjuntos que se han integrado, no todos sus componentes tengan el mismo empleo, en el ordenamiento resultante de la ampliación de los apartados anteriores, los del inferior se situarán a la cabeza de suyo.

Art. 11. *Proceso de integración opcional.*—Al personal de cada una de las Escalas relacionadas en el artículo 2 de las presentes Normas, que solicite y le corresponda integrarse en algunas de las Escalas creadas por la Ley, les será de aplicación las Normas establecidas en los artículos precedentes.

Dichas Escalas se integrarán en el mismo proceso anterior y para la aplicación de la fórmula indicada en el artículo 10 se tendrá en cuenta que:

N Número de componentes del conjunto en cada una de las Escalas de origen, soliciten o no integrarse.

P Número de orden que cada uno ocupa en el conjunto incluyendo a los que no soliciten integrarse.

Art. 12. *Proceso de integración de Escalas de Complemento.*—El personal de las Escalas de Complemento relacionadas en el artículo 5 de estas Normas que solicite y le corresponda integrarse, lo hará atendiendo a los siguientes criterios:

1. En primer lugar se ordenará por empleos a los componentes de las Escalas de Complemento que se vayan a integrar en una misma Escala, y dentro de éstos, por tiempo de servicios efectivos en los mismos, resolviéndose los casos de igualdad por aplica-

ción de la fórmula  $Ci=(P-0.5)/N$  en forma similar a la establecida en el artículo 10 de las presentes Normas.

2. A continuación se procederá a incluir en cada uno de los empleos de las nuevas Escalas constituidas por aplicación de los artículos 9, 10 y 11 de estas Normas, a los componentes de las Escalas de Complemento distribuidos entre los que se integran de otras Escalas proporcionalmente a los efectivos respectivos de cada empleo. De no ser entero el índice de proporcionalidad entre los efectivos de los dos grupos a integrar, se redondeará a la unidad más próxima. La media unidad se aproximará por exceso.

3. 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 le corresponde integrarse teniendo en cuenta el tiempo de servicios efectivos en el empleo de unos y otros. Ante igualdad de tiempo de servicios efectivos el de la Escala de Complemento se situará detrás de los militares de carrera.

Art. 13. *Escalafón único.*—Una vez que se obtengan el escalafonamiento de acuerdo con lo previsto en los artículos anteriores, se procederá a modificar la antigüedad en el empleo de sus componentes de forma que se obtenga un ordenamiento decreciente de antigüedad y sin que ninguno de los escalafonados obtenga una antigüedad en el empleo menor de la que tenía en su Escala de procedencia, con lo que quedará configurado el escalafón único de la nueva Escala.

Art. 14. *Modificaciones del orden del escalafón.*—Los que por razones de empleo quedaron situados en lugar distinto al que les corresponde por su coeficiente de integración, en el momento del ascenso, caso de que no lo tengan limitado por razones de carácter legal ocuparán el puesto que les correspondía por aplicación de los artículos 10 y 11 de las presentes Normas.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. *Oficiales Generales.*—Los Oficiales Generales se integran en las Escalas creadas por la Ley, por empleos y antigüedad en el empleo; ante igualdad en la antigüedad en el empleo entre miembros de la misma Escala, por orden de escalafón; caso de que la igualdad se diera entre miembros de diversas Escalas, se resolverá en favor del de mayor edad.

Segunda. *Escala Superior del Cuerpo General de la Armada.*—Las Escalas que, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley, se integran en la Escala Superior del Cuerpo General de la Armada y cuyo proceso de integración de funciones se inició conforme a lo establecido en la 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, continuarán rigiéndose por el mismo procedimiento, integrándose por empleo y tiempo de servicios efectivos desde su acceso a la Escala de origen y ante igualdad de los mismos por la antigüedad en el empleo que ostenten.

Tercera. *Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros de la Armada.*—La integración de la Escalas que forman la Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros de la Armada se realizará de acuerdo con estas Normas par los empleos de Capitán de Fragata, Capitán de Corbeta y Teniente de Navío.

La integración de los actuales Capitanes de Navío se realizará en la fecha que determine el Ministro de Defensa, debiendo estar concluida antes del 31 de diciembre de 1993.

En esta integración, los Oficiales de la Armada que en la actualidad se encuentren cursando estudios de Ingeniería, al obtener la titulación exigida se escalafonarán por orden de antigüedad de Alférez de Navío o Teniente, en el lugar que les corresponda en la Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros, según las normas establecidas en las correspondientes convocatorias, causando baja definitiva en el Cuerpo de procedencia. De no obtener la titulación exigida, retornarán a su puesto correspondiente en la Escala Superior del Cuerpo General de la Armada.

Una vez obtenido el escalafonamiento definitivo, será de aplicación el artículo 13 de las presentes Normas para asignar la antigüedad que a cada uno corresponda.

Cuarta. *Escala Superior del Cuerpo General del Ejército del Aire.*—El personal del Ejército del Aire que, en virtud de la Ley, deba integrarse en la Escala Superior del Cuerpo General y que en su momento formó parte de una Es-

cala única, volverá a escalfonarse en el orden que tenía en aquélla, excepto cuando dicho orden hubiese sido modificado por adelanto de puestos en el escalafón por ascensos según la normativa anterior, o por concurrir en el interesado alguna limitación personal para el ascenso, o sea consecuencia de haber permanecido en situaciones militares de las que se deriven pérdida de puestos en el escalafón, en cuyo caso se escalfonarán en el puesto que les corresponda, de acuerdo con su posición en la Escala de origen.

*Quinta. Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.*—Para la integración de la Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire se procederá en primer lugar a integrar por el procedimiento descrito en los artículos 9º y 10 de las presentes Normas a las Escalas relacionadas en el artículo 1. A continuación se procederá a incluir en cada uno de los empleos de la nueva Escala a los componentes de la Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, distribuidos, entre los que se han integrado de las Escalas del citado artículo 1, proporcionalmente a los efectivos respectivos de cada empleo.

La proporcionalidad de efectivos determinará el bloque de personal de la nueva Escala entre los que se debe de incluir cada uno de los miembros de la antigua Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, con independencia de que hayan solicitado o no su integración. Posteriormente, los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos que lo hayan solicitado se integrarán en el bloque que les corresponda, y dentro de él, en el lugar determinado por los tiempos de ser-

vicios efectivos desde el acceso a la Escala de uno y otros. Ante igualdad de servicios efectivos se resolverá en favor del de mayor edad.

Para el personal de las Escalas de Complemento que se integre en esta Escala le será de aplicación las normas establecidas en el artículo 12, si bien su lugar en los bloques establecidos por proporcionalidad será tal que no exista en el bloque nadie con más tiempo de servicios efectivos en el empleo situado por detrás de él.

*Sexta. Oficiales y Suboficiales que cursan estudios de Ingeniería Aeronáutica.*—Los Oficiales y Suboficiales del Ejército del Aire acogidos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a las Ordenes del Ministerio de Defensa 31/1977, de 30 de diciembre de 1976, por la que se conceden becas para cursar estudios de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos o 32/1977, de 30 de diciembre de 1976, por el que se conceden becas para cursar estudios de Ingenieros Aeronáuticos Superiores, continuarán rigiéndose por las mismas, con la salvedad de que aquellos que finalicen la carrera de Ingeniería Técnica Aeronáutica sólo podrán acceder a la Escala Media del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire.

*Séptima. Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.*—En los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas se procederá según las siguientes normas:

1. Para constituir definitivamente las Escalas correspondientes a los Cuerpos Jurídicos Militar y Militar de Inter-

vención, tendrán plena efectividad todas las actuaciones en materia de unificación de Cuerpos e integración de Escalas derivadas de la aplicación de la Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, y de la 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, continuando vigentes los conceptos de promoción y promoción integrada que en ellos se definían. En consecuencia, se procederá a ordenar a todos sus componentes por promociones integradas conforme a la fórmula (P-0.5)/N de la disposición transitoria segunda de la Ley 6/1988, antes citada.

2. En los Cuerpos Militar de Sanidad y de Músicas Militares, a los efectos de constituir los conjuntos que determina el artículo 9º de las presentes Normas, se considerará que tienen el mismo tiempo de servicios efectivos desde el acceso a su respectiva Escala de origen, aquellos que hayan obtenido el primer empleo como militar de carrera durante el mismo año natural.

Esta consideración no será aplicable cuando en una de las Escalas de procedencia se hayan producido ingresos en distintas fechas de un mismo año, en cuyo caso se constituirá un

conjunto con los ingresados en cada fecha; cada uno de los conjuntos así formados se integrará, por aplicación de la fórmula del artículo 10 de las presentes Normas, con los de otras Escalas de origen cuyos tiempos de servicios efectivos estén más próximos.

3. A efectos de integración en la Escala Básica del Cuerpo de Músicas Militares, no se contabilizará como tiempo de servicios efectivos el perfeccionado en las clases de tropa como asimilado a cualquiera de los empleos de Suboficial.

Octava. Escalas de origen.—Para el personal de las Escalas que a continuación se relacionan y a los efectos de los artículos 8.º y siguientes de estas Normas, se entenderá como Escala de origen aquella Escala de militares de carrera en la que obtuvieron el empleo de Teniente o de Alférez de Navío.

Escala de Tierra del Cuerpo General de la Armada.

Sección Transitoria del Cuerpo General de la Armada, Escala de Mar.

Sección Transitoria del Cuerpo General de la Armada, Escala de Tierra.

Escala del Aire del Arma de Aviación.

Escala de Tierra del Arma de Aviación.

Escala de Tropas y Servicios del Arma de Aviación.

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

