

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

61

ENERO

JUNIO

1993

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



Revista Española de Derecho Militar N.º 61

DIRECTOR

FRANCISCO BLAY VILLASANTE, GENERAL CONSEJERO TOGADO.

CONSEJO ASESOR

JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. JOSE JIMENEZ VILLAREJO, Presidente de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. FERNANDO LOPEZ-OROZCO RODRIGUEZ RIVAS, General Consejero Togado. EDUARDO MONTULL LAVILLA, General Consejero Togado, Vocal Asesor del SEDAM. BRUNO OTERO DEUS, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. MANUEL PEREZ GONZALEZ, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. JOSE FRANCISCO DE QUEROL LOMBAR- DERO, General Consejero Togado, Magistrado del Tribunal Supremo. FRANCISCO JAVIER SANCHEZ DEL RIO SIERRA, General Consejero Togado, Magistrado del Tribunal Supremo.

CONSEJO DE REDACCION

Director

JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, General Auditor, Vocal Togado del Tribunal Militar Central.

Miembros

AGUSTIN CORRALES ELIZONDO, Coronel Auditor. RICARDO FORTUN ESQUIFINO, Teniente Coronel Auditor. ANTONIO MILLAN GARRIDO, Comandante Auditor. Catedrático de Derecho Mercantil. ANTONIO MOZO SEANE, Coronel Auditor. MIGUEL SAENZ DE SAGASETA DE ILURDOZ, General Auditor. MIGUEL TORRES ROJAS, General Consejero Togado.

SECRETARIO

LUIS BERNARDO ALVAREZ ROLDAN, Coronel Auditor.

SECRETARIOS ADJUNTOS

JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, Teniente Coronel Auditor. PEDRO ARDUAN RODRIGUEZ, Capitán Auditor. MANUEL ZAFRA RIASCOS, Capitán Auditor y M^a TRINIDAD RODRIGUEZ-BURGOS Y AGUILERA, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología.

CORRESPONSALES

Ministerio de Defensa: EMILIO FERNANDEZ-PIÑEYRO HERNANDEZ, Comandante Auditor. Guardia Civil. JOSE LUIS EGIDO TRILLO-FIGUEROA, Teniente Coronel Auditor. R.M. Sur. JOSE ROJAS CARO, Coronel Auditor. R.M. Levante. MANUEL EUSEBIO PERUCHO FRANCO, Teniente Coronel Auditor. R.M. Pirenaica O. JESUS OTEA SALAS, Teniente Coronel Auditor. R.M. Pirenaica Occ. IGNA- CIO DE LA RIVA, Teniente Coronel Auditor. R.M. Noroeste. LUIS MIGUEL MASIDE MIRANDA, Teniente Coronel Auditor. Z. M. Canarias. JUAN LOPEZ-MONTERO VELASCO, Teniente Coronel Auditor.. Z.M. Baleares, EDUARDO CALDERON SUSIN, Teniente Coronel Auditor.

C.G. Armada y Jur. Cent. ALFREDO DE LA FIGUERA LOPEZ, Comandante Auditor. Z.M. Medit. JOSE MANUEL CLAVER VALDERAS Comandante Auditor. Z.M. Estrecho, JAVIER ALVAREZ-OSSO- RIO BENITEZ, Comandante Auditor. Z.M. Cantábrico. EUGENIO PEREIRA GONZALEZ, Teniente Coronel. Z.M. Canarias, JOSE FEDERICO DURET ARGÜELLO, Comandante Auditor.

1.ª R.A. JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, Teniente Coronel Auditor 2.ª R.A. CARLOS MELON MUÑOZ, Capitán Auditor. 3.ª R.A. JULIAN PEÑA PARADELA, Teniente Coronel Auditor Z.A. Canarias. FERNANDO PARGA PEREZ-MAGDALENA, Capitán Auditor.

REDACCION

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

SUSCRIPCIONES: Centro de Publicaciones. SECRETARIA GENERAL TECNICA: Ministerio de Defensa. Juan Ignacio Luca de Tena, 30. 28027 Madrid.
Precio de este número 1.000 ptas.; Suscripción anual: 1.600 ptas (2 números).

SE RUEGA DIRIGIR LA CORRESPONDENCIA DE COLABORADORES E INTERCAMBIO A LA REDACCION
ROGAMOS NOS COMUNIQUEN LOS CAMBIOS O ERRORES EN SU DIRECCION

Dona 95 - G. FOIES

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

61 ENERO
JUNIO
1993

MADRID

CATALOGACION DEL CENTRO DE DOCUMENTACION DEL MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA española de derecho militar. — N. 1 (en. -jun. 1956)- . — Madrid : Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1956- . — v. ; 24 cm

Semestral. — A partir de 1984 el responsable de su elaboración es la Escuela 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 CORRESPONDIENTE AL AÑO 1993 (N. 61)

REVISTA española de derecho militar : 61, enero-junio 1993 / [Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. — Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, [1994]. — 402 p. ; 24 cm

NIPO 076 - 94 - 040 - 3. — D. L. M

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.



Edita: MINISTERIO DE DEFENSA
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076 - 94 - 040 - 3

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M. 523-1958

Imprima: GRAFICAS MAR-CAR, S.A.

INDICE GENERAL

EDITORIAL	9
I. DOCTRINA	
1. ESTUDIOS	
1.1. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: Medios y métodos de combate naval y Derecho de los Conflictos Armados en la mar (1ª Parte)	15
1.2. MILLAN-GARRIDO, Antonio: La reforma de la legislación penal militar en Italia (El anteproyecto de la Asociación Nacional de Magistrados Militares)	67
1.3. HERNANDEZ MUNTIEL, Arturo: Consideraciones sobre las Diligencias Previas y la Intervención Letrada en ellas	95
2. NOTAS	
2.1. HERRERO HERRERO, César: Defensa Nacional. Exigencias de coordinación entre FAS y CC. de Seguridad del Estado	109
2.2. PEÑA PARADELA, Julián M ^º .: El Derecho premial militar	155
2.3. MATAMOROS MARTINEZ, Rafael: La Ley Disciplinaria de la Guardia Civil. Rasgos generales y peculiaridades	167
2.4. POZO VILCHES, Juan A.: Las notificaciones defectuosas de los actos administrativos	203
3. INFORMACION	
3.1. MARTINEZ-CARDOS RUIZ, José Leandro: Doctrina Legal del Consejo de Estado	229

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

- Orden Ministerial 26/93, de 17 de marzo por la que se regula el régimen aplicable a las viviendas contempladas en el artículo 44 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre 255
- Instrucción número 25/93, de 18 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa 257
- Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre Régimen del Alumnado de los Centros docentes militares de formación 263

2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. Constitucional. Por Antonio Mozo Seoane 285
- 2.2. Penal y Procesal Militar 303
- 2.3. Contencioso-Disciplinaria Militar 327
- 2.4. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández y Pedro Escribano Testaut 351

III. VARIOS

1. RECENSION DE LIBROS

- 1.1. FERNANDEZ-FLORES Y DE FUNES, José Luis: Organizaciones Internacionales. Madrid, 1992. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 389
- 1.2. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, coord.: Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991) con jurisprudencia y formularios. Madrid, Ministerio del Interior, Secretaria General Técnica, 1993. Por Javier Sánchez del Río y Sierra 392
- 1.3. MILLAN-GARRIDO, Antonio. Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Madrid, Trotta, 1992. Por Eduardo Montull Lavilla 397
- 1.4. MILLAN-GARRIDO, Antonio. comp. Ordenanzas Militares. Madrid, Trivium, 1993. Por Eduardo Montull Lavilla 399
- 1.5. AGUILAR, M.A. y BARDAJI, R.L. El servicio militar, ¿obligatorio o voluntario?. Madrid, Tecnos, 1992. Por Antonio Millán-Garrido 401

2. RECENSION DE REVISTAS

2.1. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XLIV, nº 2, julio-diciembre, 1992. Por José Luis Fernández-Flores y de Funes	405
2.2. Rassegna della Giustizia Militare. Anno XVIII-nº 1-2, Gennaio-Aprille, 1992. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	407
2.3. Rassegna della Giustizia Militare. Anno XVIII-nº 3-4, Maggio-Agosto, 1992. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	409
2.4. Rassegna della Giustizia Militares. Anno XVIII-nº 5-6, Settembre-Dicembre, 1992. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	411
2.5. LOPEZ GARCIA, Eloy Manuel: El Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria: su nueva presencia en la Justicia Militar. En: Revista de Estudios Penitenciarios. nº 245, 1991, pág. 13-24. Por Luis B. Alvarez Roldán	414
2.6. Cuadernos de la Guardia Civil. nº 8, 1992. Por Luis B. Alvarez Roldán	416
2.7. Cuadernos de la Guardia Civil. nº 9, 1992. Por Luis B. Alvarez Roldán	421
2.8. FERNANDEZ SEGADO, F.: El nuevo diseño del servicio militar: la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre. En: Revista de Administración Pública, nº 129, septiembre-diciembre, 1992, pág. 77-112. Por Antonio Mozo Seoane	424

3. MISCELANEAS

3.1. VI Curso sobre Régimen Disciplinario Militar	429
3.2. II Curso sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	430
3.3. VI Curso de Derecho de la Guerra	431
3.4. II Curso de capacitación para el desempeño de los cometidos de Oficial Superior del Cuerpo Jurídico Militar	432
3.5. II Curso de capacitación para el desempeño de los cometidos de Oficial General para Cuerpos Comunes de las FAS	433

EDITORIAL

La Revista de Derecho Militar, nuestra entrañable Revista, nació, auspiciada por el Instituto Francisco de Vitoria, en el año 1956, y desde 1984 se responsabilizó de su elaboración la Escuela Militar de Estudios Jurídicos para, a partir de 1987, ser publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.

Detrás de estos escuetos y fríos datos se esconde un formidable esfuerzo de muchas personas: de los que la han dirigido, de los que la han elaborado y de los que la han costeado. También de los que la han escrito, confeccionado y difundido, número a número, con entrega encomiable: Consejo Asesor y de Redacción, colaboradores, Secretarios, informadores y comentaristas de la legislación, jurisprudencia y recensiones corresponsales.

Sólo así, con enorme esperanza y constante trabajo, la REDEM ha remontado el vuelo, situándose en un lugar de reputación entre las buenas Revistas de Derecho, sobre todo entre juristas estudiosos y militares, en especial entre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar y el ámbito del Ministerio de Defensa, por su especialización en las diversas ramas del Derecho Militar.

Transcurridos 38 años desde su aparición, se ha considerado oportuna su reestructuración y cierta institucionalización de sus órganos rectores, carentes de normativa estatutaria. Así, se establecen Vocales natos predeterminados para el Consejo Editorial, junto a otros electivos, nombrándose el Director, por Orden Ministerial, entre Generales Consejeros Togados del Cuerpo Jurídico Militar en cualesquiera situación administrativa, potenciándose el Consejo de Redacción mediante la incorporación al mismo de un número indeterminado de juristas de reconocida valía, tanto militares como civiles, poniéndose el énfasis en la savia nueva, en los jóvenes con inquietudes. Las Secciones de la Revista se retocan, incluyéndose, como Secciones independientes, la Doctrina (Estudios, Notas, Derecho Comparado y colaboraciones); Textos (Legislación, Jurisprudencia y documentación); Bibliografía (Recensiones de libros y Revistas); Información.

Se inicia, pues, una nueva andadura, que significa un reto, por estar colocado alto en el listón de calidad de la Revista. Secuela de esta excitante aventura ha sido la renovación del cargo de Director y de algunos Consejeros, con responsabilidad a partir del próximo número.

Pero la REDEM mantendrá su identidad y su independencia intelectual, y seguirá informando e investigando en el campo del Derecho Militar, con particular seguimiento de la doctrina jurisprudencial que nos afecte, acercando al estudioso y a los operadores jurídicos toda la problemática de las cuestiones candentes de unas normas penales, adjetivas, administrativas y disciplinarias en continua evolución y progresiva interpretación, más ahora que se avecinan cambios substanciales en las Leyes penales y rituarías que rigen.

Para quienes nos dejan, nuestra profunda gratitud, por su buen hacer, dedicación y sacrificios, con mención singularísima al último Director, el Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado y General Consejero Togado José Luis Fernández-Flores, tantos años al frente de la Revista, prestigiándola, de quien es aún mérito el presente número.

Para quienes continúan y para quienes se incorporan, nuestro aliento y apoyo, con fé en sus merecimientos y en su entrega, fé que es también esperanza para la delicada misión que se le encomienda al nuevo Director, General Consejero Togado Francisco Blay Villasante, que aporta un bagaje de experiencia jurisdiccional en su dilatada singladura de jurista militar, habiendo pertenecido antes al Consejo Asesor.

Con estos mimbres y nítidos objetivos de servicio al Derecho Militar, nuestra Revista pone proa hacia puertos nuevos y viejos, contando con la adhesión de todos sus suscriptores y lectores, tanto militares como universitarios, Magistrados, Fiscales, Abogados, etc..., con rumbo hacia la calidad y a que se amplíe su difusión, y con el ferviente deseo de intercambios con otras Revistas de Derecho, y para el mutuo enriquecimiento.

Como la tarea es ardua, y urge, a trabajar, con la ilusión a cuestas.

EL CONSEJO EDITORIAL

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

MEDIOS Y METODOS DE COMBATE NAVAL Y DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR (1ª parte)

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Doctor en Derecho. General Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. MEDIOS Y PROCEDIMIENTOS DE COMBATE. 01. REGLAS FUNDAMENTALES. ARMAS CON REGLAMENTACION ESPECIFICA. ARMAS SIN REGLAMENTACION ESPECIFICA. EL CRITERIO ECOLOGICO. IDENTIDAD DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE ACTUACION EN LOS BUQUES DE GUERRA DE SUPERFICIE, SUBMARINOS Y AERONAVES MILITARES. A. EL EMPLEO DEL ARMA SUBMARINA. B. LA ACTUACION DE AERONAVES MILITARES. 02. PRECAUCIONES INHERENTES AL LANZAMIENTO DE UN ATAQUE. A. DEFINICION DEL TÉRMINO "ATAQUE". B. PRECAUCIONES EN EL ATAQUE. a) LOS SUJETOS ACTIVOS DEL ATAQUE. b) EL DEBER DE INFORMACION PREVIA. c) LA LIMITACION DE LOS ATAQUES A LOS OBJETIVOS MILITARES. d) LA ELECCION DE MÉTODOS O MEDIOS DE ATAQUE. e) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 03. MEDIOS DE GUERRA. INTRODUCCION. LA REGLA BASICA. 03.01. TORPEDOS. 03.02. MINAS. 03.03. PROYECTILES MISILISTICOS. IX CONVENIO DE LA HAYA DE 1907, SOBRE BOMBARDEO POR MEDIO DE FUERZAS NAVALES EN TIEMPO DE GUERRA: ADAPTACION Y MODERNIZACION.

I. INTRODUCCION

Debemos preguntarnos al comienzo de este estudio si hoy es un anacronismo hablar de un Derecho de la Guerra Marítima, Naval o más exactamente, de un Derecho de los Conflictos Armados en la mar. Y ello porque es indudable que, en la actualidad, las acciones bélicas difícilmente pueden ser aisladas según el espacio (terrestre, marítimo, aéreo) en que se desarrollan, pues-

(*) Este estudio fue presentado por el autor como Informe General en el Seminario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario aplicable a la Guerra naval, celebrado en Buenos Aires (República Argentina) en el mes de mayo de 1993, organizado por la Universidad de El Salvador, Armada y Cruz Roja Argentina. Se ha eliminado la parte correspondiente al "BLOQUEO NAVAL", que fue publicada en el n° 58 de esta Revista Española de Derecho Militar.

to que se integran por la acción coordinada de todos los medios, fuerzas y modos de combate.

Significa esto que las normas aplicables en los conflictos armados están dotadas de una inderogable unidad, de unos principios comunes o si se quiere de una *parte general* común a todos ellos, sin perjuicio de las especialidades o peculiaridades de las llamadas *Guerra Terrestre*, *Guerra Marítima*, *Guerra Aérea* o *Guerra civil*, que —con mayor precisión y modernidad— llamaremos Conflictos armados en tierra, mar, aire o conflictos armados internos.

Sin embargo, podemos afirmar en nuestros días que los conflictos armados en la mar están —en buena parte— regulados por normas propias o peculiares (si bien necesitadas de profunda revisión) que establecen principios y reglas de conducta esencialmente distintos de la normativa general de la acción bélica, hasta el punto de que los últimos textos de Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados excluyen de su regulación —elaborada con pretensiones de universalidad— a las hostilidades que se desarrollan en la mar. Esta situación anómica o regida por normas convencionales obsoletas por su antigüedad, no impide constatar la importancia actual de la guerra en la mar que afecta al ochenta por ciento de los conflictos armados —en estimación de los estrategias navales— por la dimensión marítima del aprovisionamiento. No es pues extraño que las circunstancias históricas que hicieron nacer las normas tradicionales de la guerra marítima —bloqueo, derecho de captura, confiscación de la propiedad privada, limitaciones a la navegación neutral— sigan vigentes en buena medida en los conflictos contemporáneos y el reto de los juristas se centre en dar soluciones a éstos peculiares problemas sin desconocer los principios fundamentales que presiden hoy el Derecho de los Conflictos Armados, muy particularmente en lo que se refiere a las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario (protección de las víctimas de los conflictos armados).

Una primera acotación del tema viene impuesta por la propia definición de lo que debe entenderse por *guerra marítima*, término que se prefiere a *guerra naval* para abarcar operaciones en los fondos marinos, actuación de aeronaves o minado de los espacios acuáticos. Existe guerra marítima, en definición de CHARLES ROUSSEAU (1), cuando el acto hostil es realizado por una fuerza naval aún cuando sea dirigido contra el interior de la tierra firme, como el bombardeo de un puerto por una escuadra. Entre el concepto amplio de la guerra marítima (*la que tiene lugar en el mar*) y el estricto (*la que se desarrolla en la mar, por medio de buques que realizan acciones navales contra objetivos militares marítimos*), FERNANDEZ-

(1) CHARLES ROUSSEAU: *Le Droit des conflits armés*, Ed. Pedone, Paris, 1983, pág. 213.

FLORES (2) se decanta por un sentido intermedio al definirla como *la que se lleva a efecto por fuerzas navales fundamentales contra cualesquiera objetivos militares*. Por nuestra parte, creyendo aceptable esta conclusión, entendemos por conflicto armado en la mar o guerra marítima el que se desarrolla en los espacios marítimos (incluyendo el espacio aéreo sobre la mar), con medios preferentemente navales y contra objetivos militares situados en cualquier lugar. De este concepto se deduce una característica esencial de este tipo de conflictos armados, destacada por J. L. DE AZCARRAGA Y BUSTAMANTE (3), consistente en que la acción hostil marítima afecta a la navegación neutral y al principio de libertad de los mares, al coincidir los intereses de los Estados partes en el conflicto y de los neutrales en los mismos espacios marítimos.

Otra peculiaridad deducible de la definición ofrecida es que los preceptos de la Sección I del Título IV (Protección general de la población contra los efectos de las hostilidades) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, son aplicables a cualquier operación de guerra naval que pueda afectar en tierra a la población civil, como establece el artículo 49.3 del citado Protocolo.

Sin entrar en la polémica entre H. MEYROWITZ (4) y E. RAUCH (5), sobre la aplicación al Derecho de la guerra marítima de los preceptos del Protocolo I de 1977, debemos poner de manifiesto que —en el momento actual— sus principios generales son el mejor punto de partida para la interpretación y eventual reforma de las normas que regulan los conflictos armados en la mar. Así se establece en artículo 57.4 (Precauciones en el ataque) del mencionado protocolo:

En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.

(2) José Luis FERNANDEZ-FLORES: *Del Derecho de la Guerra*, ed. Ejército, Madrid 1982, pag. 343. Ver también el tema *La Guerra Marítima* en la publicación del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

(3) José Luis DE AZCARRAGA Y BUSTAMANTE: "*Derecho del Mar*", Tomo I, Universidad de Alcalá de Henares, 1983, pag.196.

(4) Henri MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et le Droit de la Guerre Maritime*, en *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 89, 1985/2.

(5) Elmar RAUCH: *Le Droit contemporain de la guerre maritime. Quelques problèmes créés par le Protocole additionnel I de 1977*, en *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 89, 1985/4.

Debemos preguntarnos si, a la vista del desarrollo de la acción hostil marítima, son tan importantes las diferencias con la guerra terrestre como para generar unas normas jurídicas que, en la actualidad, justifiquen un radical desconocimiento de lo que podríamos llamar la “parte general” o común del Derecho de los conflictos armados. Se trata de la recepción de las reglas fundamentales contenidas en el Protocolo I de 1977, cuya aceptación supondría la derogación de alguna de las normas básicas del Derecho de la Guerra Marítima clásica.

H. MEYROWITZ (6) entiende que la diferencia entre el derecho de la guerra terrestre y marítima es fundamental y absoluta. Fundamental, en la misma medida que difieren los daños ocasionados en tierra de los producidos en la mar. Absoluta, por la imposibilidad de trasladar las reglas de uno a otro tipo de guerra, llegando a afirmar que una característica de la guerra marítima es ignorar el principio fundamental de distinción del artículo 48 del Protocolo I de 1977 (“... *las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”). Ciertamente, para este autor, a bordo de los buques mercantes existe la distinción entre combatientes y personas civiles, pero reviste una forma muy diferente a la establecida por el derecho de la guerra terrestre. Y esta dicotomía se explica por la especificidad de la guerra en el mar, derivada de las características físicas del teatro de la guerra marítima, de la importancia vital de las comunicaciones por mar y en el valor económico de los bienes afectados. Elementos que confluyen en una categoría particular de objetos propia de los conflictos armados en la mar: el buque mercante, al que difícilmente se pueden aplicar las normas generales sobre bienes civiles.

Por otra parte, MEYROWITZ (7) destaca que el derecho de la guerra marítima conoce dos categorías de medios para perjudicar al enemigo, afectando a la población civil en tierra:

a) Actos de violencia, consistentes en destrucciones o ataques que no se distinguen de los lanzados contra buques de guerra.

b) Medidas no violentas adoptadas con el fin de privar al enemigo de sus buques mercantes o mercancías, o de los buques neutrales que lo aprovisionan. Estas medidas son: el derecho de captura si se trata de buques o cargamentos enemigos o el bloqueo, la reglamentación del contrabando o la guerra económica, en el caso de buques neutrales y su carga. Es evidente, para este autor, que la captura, confiscación o destrucción de estos buques y mercancías afectan —en

(6) H. MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel...*, artículo cit. pag 254 y ss.

(7) H. MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel...*, art. cit. pag. 256 y 257.

tierra— a la población civil y no de forma accesoria sino de forma principal. Y ello, porque en la guerra terrestre se protege la propiedad privada enemiga contra la destrucción, embargo o los ataques, por su condición de bienes civiles. Mientras que en la mar, estos bienes son mercancías que el derecho contempla sólo bajo el aspecto de su valor económico o estratégico.

G. J. F. VAN HEGELSOM ha matizado la posición de MEYROWITZ en su polémica con E. RAUCH, sobre la especificidad de la guerra naval en relación con la terrestre o aérea y la inaplicabilidad de los preceptos del Protocolo I de 1977. Mientras MEYROWITZ puede tener razón si se basa únicamente en las normas jurídicas vigentes —convencionales o consuetudinarias— en buena parte obsoletas, la realidad de la guerra marítima ha demostrado que la diferencia no es tan radical. Particularmente, los principios generales del moderno Derecho de los conflictos armados como el principio de distinción o la determinación de los objetivos militares, son también de aplicación a la guerra en el mar, sin perjuicio de las reglas propias y características peculiares del combate naval. Y es evidente que toda futura reforma de los textos del Derecho de la guerra marítima debe asumir estos principios fundamentales (8).

Destaca MEYROWITZ (9) la importancia de la llamada guerra económica marítima y resalta que sería injustificables una guerra aérea o terrestre sin restricciones. Son peculiaridades de la guerra en la mar, en efecto, las operaciones o medidas contra las comunicaciones marítimas económicas del enemigo, aunque no constituyan actos de violencia, pues el ataque y defensa del transporte marítimo son el *corazón de la guerra naval*. La guerra marítima es esencialmente guerra contra el comercio enemigo y, al tratar de impedir las importaciones y las exportaciones por mar, afecta necesariamente a la población civil.

Estas precisiones introductorias no pueden perder de vista que el estado de la regulación jurídica de la guerra marítima (Derecho de la Guerra Marítima en sentido estricto o reglas sobre el uso de la fuerza en los conflictos armados en la mar), siempre fragmentario, pues no existe una reglamentación general, pudo ser calificado por KUNZ, C. ROUSSEAU, J. L. DE AZCARRAGA y E. RAUCH como caótico. Para éste último autor (10), la Declaración de París de 1856, los seis Convenios de la Haya (VI, VII, VIII, IX, XI y XIII) y la Declaración Naval de Londres de 1909 codifican las reglas consuetudinarias propias de la época de la navegación a vela, obsoletas ante los nuevos medios y métodos de guerra, que

(8) G. J. F. VAN HEGELSOM: *Métodos y medios de combate en conflictos navales*, Informe Preliminar, Toulon, Octubre 1990.

(9) H. MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel...*, art. cit. pag. 259 y ss.

(10) E. RAUCH.: *Résumé du Rapport*, en Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Tomo XXVI-1-2-3, 1987, pag. 15.

fueron desconocidas por la llamada guerra marítima total en las dos contiendas mundiales. La única excepción es el intento de restringir —en el periodo de entre-guerras— el empleo de submarinos por el Protocolo de Londres de 1936.

Es bien conocido el escaso desarrollo del Derecho de La Haya (Derecho de la Guerra en sentido estricto o regulación del uso de la fuerza en los conflictos armados) a partir de la consagración de la prohibición de la guerra (Tratado de París de 27 de agosto de 1928 y artículo 2. párrafos 3 y 4 de la Carta de las Naciones Unidas), frente a la posición más realista del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto al Derecho de Ginebra (Derecho Internacional Humanitario dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados). Sin embargo, aún superada esta dicotomía como apunta NAHLIK (11), los más modernos textos de Derecho Internacional Humanitario (artículo 49.3 del Protocolo I de 1977) o promovidos por las Naciones Unidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (artículo 1 del Protocolo II, de 10 de octubre de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos) excluyen o dejan sin regular el desarrollo de los conflictos armados en la mar.

Muy particularmente, el Derecho de la Guerra Marítima ha sido expresamente marginado de dos grandes procesos codificadores internacionales que —sin duda— le afectan y que han culminado con la aprobación —el 8 de junio de 1977— de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (Derecho Internacional Humanitario) y con la adopción —el 10 de diciembre de 1982— de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el primer caso (Protocolos Adicionales de 1977), la Conferencia Diplomática (1974-1977) rehusó explícitamente tratar de temas de Derecho de la Guerra Marítima —como afirman P. GASSER, SOLF, BENNET, MILLES (12)— pues los delegados reconocieron de forma unánime que no era fácil ni deseable intentar el estudio y revisión del derecho aplicable a los conflictos armados en la mar, en opinión de ARRASEN (13).

En segundo lugar, es evidente que la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar trataba únicamente de elaborar las reglas jurídicas aplicables a los espacios marítimos en tiempo de paz —como expresó E. RAUCH (14)— por lo que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 no reglamentó los derechos y obligaciones de los

(11) Stanislaw E. NAHLIK: *Compendio de derecho internacional humanitario*, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, Julio-Agosto de 1984, pag. 14 y ss

(12) Ver en Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Torno XXVI-1-2-3, 1987.

(13) Mohamed ARRASEN: *Conduite des hostilités, Droit des Conflits armés et Désarmement*, Bruxelles 1986, pag. 162.

(14) E. RAUCH: *Résumé du Rapport*, art. cit. pag. 16.

Estados en tiempo de conflicto armado —como observó JAENICKE (15)— declarando en su artículo 88 la utilización exclusiva de la alta mar con fines pacíficos.

NATALINO RONZITTI (16) pone de relieve que el cuerpo de Declaraciones y Convenios que integran el Derecho de la Guerra Naval fué establecido en la codificación de La Haya (entre 1899 y 1907) o incluso antes (Declaración de París de 1856), siendo escasos los instrumentos convencionales posteriores (Protocolo de Londres de 1936) o normas vigentes como costumbre internacional (Declaración Naval de Londres de 1909). Después de la segunda guerra mundial, el único instrumento convencional que se ocupó de los conflictos armados en la mar fué el II Convenio de Ginebra de 1949 (Protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar) se refiere a los aspectos humanitarios sin establecer reglas sobre la acción hostil marítima. Destaca también este autor la ausencia de trabajos científicos sobre la materia —con algunas notables excepciones— hasta que los nuevos conflictos armados en la mar (Islas Malvinas, guerra Irán-Iraq o conflicto del Golfo) han atraído el interés de los estudiosos al plantearse el problema de la libertad de navegación para los buques neutrales.

Ahora bien, al estudiar la necesidad de poner fin al estado caótico actual del Derecho de los conflictos armados en la mar hemos visto las dificultades que ofrece el exámen de esta materia a la luz de los principios del Derecho Internacional Humanitario y del emergente Derecho del Mar, pues desgraciadamente —como dice E. RAUCH (17)— el derecho que regula la guerra marítima no se ha modificado más que de forma involuntaria por el Protocolo I de 1977 y de manera indirecta (algunas reglas que afectan a la conducción de operaciones de guerra en la mar) por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, al encontrarse marginado de estos dos procesos codificadores internacionales. Este mismo autor recuerda el pacto alcanzado por las dos superpotencias de entonces, en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, para convocar una conferencia internacional sobre el Derecho de la guerra marítima, que tendría lugar alrededor de diez años después de la adopción de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, las dificultades que atraviesan para su ratificación por los Estados, tanto por los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977 como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y la incertidumbre sobre su efectiva

(15) JAENICKE: Intervención, en Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, ob. cit. pag. 171 y ss.

(16) Natalino RONZITTI: *The Laws of Naval Warfare*, que citaremos como *El Derecho del Combate Naval*. Editorial. Martinus Nijhoff, Dordrecht, Holanda, 1988, pag. 1

(17) E. RAUCH: *Résumé...*, art. cit. pag. 16.

aplicación, han hecho concluir a la doctrina —GASSER, BENNET (18)— que es poco razonable y prematuro el intento de revisar el Derecho de la guerra marítima a través de la convocatoria de una Conferencia Diplomática sobre el Derecho aplicable a los conflictos armados en la mar. Estamos lejos aún del deseo de E. RAUCH (19), quien concluye afirmando que las secuelas de la Conferencia Diplomática de Derecho Humanitario (Ginebra 1974-1977) y de la III Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar (1982), imponen la convocatoria de una nueva conferencia de codificación bajo la forma de una *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho aplicable en los conflictos armados en la mar*.

Y, sin embargo, el llamado Derecho clásico de la guerra marítima está necesitado de una profunda revisión pues —como dice N. RONZITTI (20)— cuatro factores principales han influido en sus normas:

1°. La entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas y la prohibición del uso de la fuerza.

2°. El nuevo Derecho del Mar representado por las Convenciones de Ginebra de 1958 y, especialmente, por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

3°. El Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, que establece tanto las reglas de conducción de hostilidades como los aspectos humanitarios de los conflictos armados en general.

4°. El desarrollo tecnológico de los armamentos navales, con graves dificultades para la adaptación de las viejas normas.

Como dice H. MEYROWITZ (21), los juristas no están satisfechos pero a las potencias marítimas no les parece mal esta situación (“*tohu-bohu*”) pues les permite —según sus intereses de cada momento— invocar las reglas del derecho clásico en los conflictos donde son neutrales o en las guerras limitadas, reivindicando su derogación en otros casos bajo el pretexto de represalias o de modificación de las circunstancias. Conclusión realista que no debe disminuir los esfuerzos de los juristas comprometidos con el progreso del Derecho Internacional Humanitario para tratar de reunir —como quería E. RAUCH (22)— una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados en la mar.

(18) Ver en Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Tomo XXVI-1-2-3, cit.

(19) E. RAUCH: *Résumé...*, art. cit. pag. 17.

(20) N. RONZITTI: *El Derecho del combate naval...*, ob. cit. en su Introducción. Pag. 2.

(21) H. MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel...*, art. cit. pag. 298. Añade N. RONZITTI que el Derecho de la Guerra Marítima está en estado caótico y no puede ser puesto al día a través de la interpretación de los tratados ni de la costumbre internacional, pero las grandes potencias marítimas están satisfechas con el derecho viejo en vez de promover su revisión (ob. cit. en su Conclusión).

(22) E. RAUCH: *Le Droit contemporain...*, art. cit. pag. 976.

Afortunadamente los problemas han comenzado a estudiarse por iniciativa del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo que —con la colaboración del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española— convocó una Mesa Redonda de Expertos sobre *Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados en el mar*, que se celebró en Madrid en 1988. En esta reunión se aprobó el Plan de Acción de Madrid que, con intervención de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se desarrolló sucesivamente en Bochum (1989), Toulon (1990), Bergen (1991) y Ottawa (1992), donde se alcanzó un texto armonizado que recoge las conclusiones de las reuniones anteriores.

En este documento se dedica la Parte III a la regulación de los *Métodos y medios de guerra en el mar*, integrando con algunas modificaciones las conclusiones obtenidas por los expertos en la Segunda Reunión del Plan de Acción de Madrid celebrada en Toulon (Francia) en octubre de 1990.

Para JOSE AGUSTIN REILLY (23) la acción hostil marítima contiene tres tipos de reglas: generales, especiales y particulares, añadiendo que el Derecho de la guerra marítima presenta reglas peculiares o propias en el tema de los métodos de guerra: estrategias, colocación de minas y bloqueo. VAN HEGELSOM (24) distingue entre medios y métodos de combate naval. El término *medios* se utiliza para caracterizar objetos hechos por el hombre con efectos destructivos. Dentro de los medios, la noción de *arma* y *sistemas de armamento* se usan para referirse tanto al arma misma como a la plataforma utilizada para lanzarla. El término *método* de combate naval describe el uso de medios de hostilizar en una situación —táctica o estratégica— determinada.

II. MEDIOS Y PROCEDIMIENTOS DE COMBATE

01. Reglas Fundamentales

En los conflictos armados en la mar existe, como afirma AZCARRAGA y BUSTAMANTE (25) una evidente contradicción entre dos principios básicos, el de alcanzar la victoria sobre el antagonista *como sea* (utilizando todos los medios que proporciona el progreso de las armas e ingenios bélicos) y el de no

(23) José Agustín REILLY: *Derecho de La Haya (II). Regulación del empleo de los medios y procedimientos de combate. La Guerra Marítima*, en *Derecho Internacional Humanitario, V Centenario del Descubrimiento y Evangelización de América*, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Montevideo 1992, pag. 106.

(24) VAN HEGELSOM: *Métodos y Medios...*, ob. cit.

(25) J.L. DE AZCARRAGA: *Derecho del Mar*, ob. cit. pag. 220.

tener un alcance ilimitado en la elección de medios para perjudicar al máximo al enemigo (con el fin de limitar la acción bélica por motivos humanitarios).

Toda la acción hostil marítima es regulada por el derecho a través de tres tipos de reglas que, en opinión de FERNANDEZ-FLORES (26), son: a) generales, b) especiales reproducidas y c) peculiares del derecho a la guerra marítima. Nos referimos en este apartado a las reglas o principios fundamentales del Derecho de los conflictos armados aplicables a la guerra en el mar.

En opinión de VAN HEGELSOM (27) un gran principio general del Derecho preside la regulación de los medios y procedimientos de la guerra en la mar: *El derecho de los beligerantes de adoptar medios para perjudicar al enemigo no es ilimitado.*

Recogiendo el texto del artículo 22 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestre (Anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907), la Resolución 2.444/XXIII de 1968, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respecto de los Derechos Humanos en los conflictos armados, establece su apartado a) el siguiente principio:

“Que no es limitado el Derecho de las Partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo”.

Concluye VAN HEGELSOM, en afirmación que compartimos, que no puede ser puesta en duda la aplicación de este principio a los conflictos armados en la mar después de que ha sido recogido expresamente por el artículo 35.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

Dos observaciones sobre este indiscutido principio general. La primera es que la ubicación del precepto y hasta su misma redacción (*En todo conflicto armado...*) lo hace aplicable a los conflictos armados en la mar, pues el artículo 35 no está incluido en la Sección I del Título IV (Protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) y, por tanto, no está afectado por la exclusión establecida por el artículo 49.3 del mismo texto convencional.

La segunda observación consiste en destacar que la norma prohibitiva no comprende sólo a los medios (armas), sino que se extiende a los métodos de hacer la guerra.

Después de lo expuesto no es de extrañar que en el texto aprobado en Toulon (1990) y ratificado en Ottawa (1992) se transcriba literalmente el artículo 35.1 del Protocolo I de 1977.

(26) J. L. FERNANDEZ FLORES: *Del Derecho...*, ob.cit.pag. 343 y ss.

(27) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

El mismo artículo 35, en su número 2, dispone:
“*Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males supérfluos o sufrimientos innecesarios*”.

Estudia ARRASSEN (28) entre los criterios humanitarios tradicionales la prohibición de causar *males supérfluos o sufrimientos innecesarios*, que fundamenta en una larga serie de textos normativos:

- a) La Declaración de San Petersburgo de 1868.
- b) El Proyecto de Bruselas de 1874 (artículo 13, e).
- c) El Manual de Oxford de 1880 (artículo 9, a).
- d) El II Convenio de La Haya de 1899 (artículo 23, e).
- e) El IV Convenio de La Haya de 1907 (artículo 23, e), Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre.
- f) El Manual de Oxford de 1913.
- g) El Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 35.2)
- h) La Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, con sus Protocolos I, II y III.

El mismo autor propone tres ejemplos bien expresivos: las balas explosivas (Declaración de San Petersburgo de 1868), las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (Declaración de la Haya de 1899) y los fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano.

Destaca VAN HEGELSOM (29) que el combate naval se diferencia del terrestre en que no tiene lugar —normalmente— entre combatientes individuales sino entre buques o buques y aeronaves, por lo que el criterio de prohibir armas que causen males supérfluos o sufrimientos innecesarios carece de apreciables peculiaridades navales. Las armas anti-material, frente a los medios anti-personal, no han sido reguladas a la vista del criterio de los males supérfluos o sufrimientos innecesarios. Concluye el autor que no parece discutida la aplicabilidad de estas prohibiciones a los conflictos armados en la mar.

Aún cuando el principio de distinción entre combatientes y población civil ha sido objetado por MEYROWITZ (30) en relación con el derecho de los conflictos armados en la mar, llegando a decir que el principio de no discriminación regula algunas operaciones marítimas, se puede afirmar la prohibición de

(28) M. ARRASSEN: *Conduite des hostilités...* ob. cit. pag. 236 y ss.

(29) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(30) H. MEYROWITZ: *Le Protocole...*, art. cit. pags. 255 y ss.

métodos o medios bélicos que sean indiscriminados. Afirma VAN HEGELSOM (31) que la Mesa Redonda de Bochum (1989) llegó a la conclusión de que el principio de distinción era válido para el combate naval y, por tanto, el uso de las armas y métodos que no son discriminatorios están prohibidos.

Señala como ejemplos la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, torpedos, zonas de guerra o de exclusión.

Para ARRASEN (32) el criterio de la *no discriminación* se fundamenta en los siguientes textos;

- a) Declaración de San Petersburgo de 1868.
- b) Reglamento sobre las Leyes y Costumbre de la guerra terrestre, anexo al Convenio II de La Haya de 1899.
- c) Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio IV de La Haya de 1907.
- d) Convenio de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.
- e) Protocolo I de Ginebra de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 48 y 51.4).

Como ejemplos señala el autor la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (Convenio VIII de La Haya de 1907), las armas de acción retardada, como minas, trampas u otros dispositivos regulados por el Protocolo II de la Convención de 10 de octubre de 1980 y las armas incendiarias (Protocolo III de la misma convención).

Como consecuencia de lo expuesto, resulta muy aceptable el texto aprobado en la Mesa Redonda de Toulon (1990) y ligeramente modificado en Ottawa (1992):

Además de cualquier prohibición específica vinculante para las Partes en un conflicto, queda prohibido utilizar métodos o medios bélicos que:

(a) sean de una naturaleza tal que produzcan daños superfluos o sufrimientos innecesarios, o

(b) sean indiscriminados, como:

(I) los que no están, o no pueden ser, dirigidos contra un objetivo militar concreto; o

(II) aquellos cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por este documento.

Se trata pues de prohibiciones generales —propias del Derecho de los conflictos armados— que no son obstáculo para la vigencia de las prohibicio-

(31) VAN HEGELSOM: *Métodos y Medios...*, ob. cit.

(32) M. ARRASEN: *Conduite des...*, ob. cit. pags. 260 y ss.

nes específicas, bien comunes a toda acción bélica o peculiares de la guerra marítima. Así, siguiendo a ARRASSEN (33), se ha elaborado la siguiente relación:

1. ARMAS CON REGLAMENTACION ESPECIFICA

1.1. Armas convencionales

- a) proyectiles explosivos (Declaración de San Petersburgo de 1868 y Declaración Segunda de La Haya de 1899).
- b) proyectiles y explosivos lanzados desde globos (Declaración XIV de La Haya de 1907).
- c) proyectiles que tienen por único objeto la difusión de gases asfixiantes o deletéreos (Declaración Tercera de La Haya de 1899).
- d) Balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (Declaración de La Haya de 1899).
- e) Veneno o armas envenenadas (artículo 23, a) del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya 1899/1907.
- f) Minas submarinas automáticas de contacto (Convenio VIII de La Haya de 1907).
- g) Minas, trampas y otros dispositivos (Protocolo II de la Convención de 1980).
- h) Fragmentos no localizables en el cuerpo humano por rayos X (Protocolo I de la Convención de 1980).
- i) Armas incendiarias (Protocolo III de la Convención de 1980)

1.2. Armas no convencionales

- a) Armas químicas, gases asfixiantes, tóxicos y similares y medios bacteriológicos (Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 y Convenio de Paris de 1993).
- b) Armas bioquímicas, bacteriológicas, biológicas y toxínicas (Convención de 10 de abril de 1972).
- c) Técnicas de modificación ambiental (Convención de 10 de octubre de 1976).

(33) M. ARRASSEN: *Conduite des...*, ob. cit. pags. 302 y ss.

2. ARMAS SIN REGLAMENTACION ESPECIFICA

2.1. Armas convencionales

- a) Armas de pequeño calibre (Resolución de la ONU de 1979).
- b) Armas de fragmentación.
- c) Armas de efecto expansivo.

2.2. Armas no convencionales

- a) Armas radiológicas (deshechos nucleares).
- b) Armas nucleares.

Respecto de estas prohibiciones de armas ha de hacerse la precisión de que sólo en alguna de ellas la proscripción es absoluta —al no cumplir en si misma los requisitos generales del derecho de los conflictos armados (arma que produce males supérfluos o sufrimiento innecesarios)— y en otras se prohíbe su uso en determinadas circunstancias que la hacen indiscriminada. La prohibición se plasma cuando se trata de armas cuyo uso normal es indiscriminado y, fuera de esta utilización, carecen de relevancia militar dadas sus características técnicas. Naturalmente, estas matizaciones no significan que deje de prohibirse también el uso indiscriminado de cualquier arma no afectada por las aludidas proscripciones.

En el texto aprobado en Toulon (1989) y armonizado en Ottawa (1992) se expresa —dentro de los métodos de guerra en la mar— el siguiente principio general:

“Estará prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar a un adversario o realizar actos hostiles sobre esta base”.

Esta prohibición, clásica del Derecho de la Guerra Terrestre, no debe ofrecer ninguna dificultad en su aplicación a los conflictos armados en la mar. Ya en el artículo 23 d) del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo al IV Convenio de La Haya de 1907 establecía como particularmente prohibido: *Declarar que no se dará cuartel*. Por otra parte, la redacción de la Mesa Redonda de Expertos de Toulon y Ottawa reproduce literalmente el texto del artículo 40 (Cuartel) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

EL CRITERIO ECOLOGICO

Al lado de las prohibiciones clásicas de causar males superfluos, sufrimientos innecesarios o daños indiscriminados, se establece hoy un nuevo principio: el criterio ecológico.

A. BOUVIER (34) parte de las normas del Derecho internacional del medio ambiente, que se basan en dos principios fundamentales: a) Los Estados tienen la obligación de no causar daños al medio ambiente situado fuera de su jurisdicción territorial; y b) Se establece la obligación de respetar el medio ambiente en general. Ahora bien, en caso de conflicto armado, resulta casi imposible excluir completamente los daños al medio ambiente, por lo que se trata de limitarlos sólo en lo posible.

Dejando aparte los convenios que protegen indirectamente el medio ambiente en caso de conflicto armado, se deben citar dos normas de directa aplicación: la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1976 y el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

ARRASSEN (35) añade algunas otras armas convencionales de efectos inmediatos (municiones explosivas o armas incendiarias) o retardados (minas, trampas o restos de materiales de guerra) o medios no convencionales (armas bioquímicas o nucleares).

El artículo 35.3 del Protocolo I de 1977 establece la prohibición general de emplear *métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.*

Dentro de la protección de la población civil (bienes de carácter civil), el artículo 55 dispone que : *1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiental natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.*

Otros artículos del citado Protocolo se refieren también a esta protección. Así, el artículo 54 (Protección de los bienes indispensables para la supervi-

(34) Antoine BOUVIER: *La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado*, en Revista Internacional de la Cruz Roja, Noviembre-Diciembre de 1991, Núm. 108, pag. 604 y ss

(35) M. ARRASSEN: *Conduite des...*, ob. cit. pags. 279 y ss.

(36) A. BOUVIER: *La protección del medio ambiente...*, art. cit. pag. 613.

vencia de la población civil) y el artículo 56 (Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

Concluye BOUVIER (36) destacando las diferencias entre el Protocolo I de 1977 y la Convención de 1976. En el primero se prohíbe el recurso a la guerra ecológica y las condiciones de duración, gravedad y extensión (*daños extensos, duraderos y graves*) son acumulativas, mientras que en el segundo se proscribe la llamada guerra geofísica (manipulación de los procesos naturales que pueden provocar fenómenos tales como huracanes, maremotos, terremotos, lluvia o nieve) y basta que concurra una sólo de las condiciones de duración, gravedad o extensión.

Pone de manifiesto RONZITTI (37) que el artículo 35 del Protocolo I de 1977 es una norma de aplicación general a la guerra marítima, terrestre o aérea, pues no está afectada por la limitación del artículo 49.3 del mismo Protocolo que —sin embargo— comprende al artículo 55, que solo rige en la Guerra Naval si resultan afectados en tierra la población civil o los bienes de carácter civil.

El Cuestionario de la Sociedad de Derecho Militar y Derecho de la Guerra en su X Congreso Internacional (Garmisch-Partenkirchen, 1985) planteó las repercusiones de los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I sobre el Derecho de la guerra marítima, en particular sobre : la destrucción de submarinos a propulsión o con armamento nuclear, el torpedamiento de superpetroleros y los ataques contra instalaciones petrolíferas en la mar. Existió unanimidad en considerar aplicable el artículo 35.3 a todas las operaciones de guerra terrestre, naval y aérea, así como que el medio ambiente marino forma parte del medio ambiente natural protegido por este precepto. En las contestaciones, el representante de Canadá puso de manifiesto la inconsecuencia de la aplicación del artículo 35.3 a la guerra marítima, pues —en su opinión— un submarino de propulsión nuclear tendría derecho a destruir a un buque de guerra enemigo de propulsión clásica, mientras que éste no podría hacer lo mismo con el submarino nuclear. Por ello, concluyó que es muy difícil interpretar los artículos 35.3 y 55 del mencionado Protocolo de forma que sean aplicables en una guerra marítima. El representante alemán observó que los dirigentes políticos de un país no dejarán de utilizar las armas —aún riesgo de degradar el medio ambiente natural— si está en peligro la misma existencia de su país. El representante de los Estados Unidos de América estimó que no está prohibido atacar a submarinos de propulsión o armamento nuclear, superpetroleros o instalaciones petrolíferas en la mar, siempre que se trate de obje-

(37) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob. cit. Introducción. Págs. 35 y 36.

(38) E. RAUCH: *Texte de discussion sur le Droit de la Guerre Maritime*, en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, Tomo XXVI-1-2-3, 1987, págs. 128 y 129.

tivos militares legítimos y no causen —con toda probabilidad— daños duraderos y graves al medio ambiente natural.

Estos daños fueron definidos por E. RAUCH como *aquellos que pueden comprometer durante un periodo prolongado y permanente la supervivencia de la población civil* (38).

El mismo E. RAUCH (39) considera aplicables estos preceptos del Protocolo I de 1977 a la conducta de los beligerantes en una guerra naval, destacando tres tipos de operaciones militares de graves consecuencias para el medio marino: la destrucción por medios de combate convencionales de un submarino enemigo de propulsión nuclear, el torpedamiento de un superpetrolero o buque cisterna y el ataque de instalaciones u obras de explotación petrolífera en la plataforma continental. Este autor, a la vista del artículo 35.3 y 55 del Protocolo I, entiende que estas destrucciones serían ilícitas e ilegales los medios o métodos de combate navales.

En contra de esta opinión VAN HEGELSOM (40) entiende que los redactores del citado Protocolo y de la Convención de 1976 tenían el propósito de prohibir el uso de medios y métodos de guerra para llevar a cabo una guerra ambiental, pero que no pensaron en proscribir el uso de otros medios o métodos legítimos que pudieran tener efectos incidentales o secundarios negativos sobre el medio ambiente natural. De forma que un submarino o portaviones nuclear, las instalaciones productoras de petróleo o los mismos petroleros no pueden ser considerados inmunes a los ataques —si son objetivos militares— aunque de su destrucción se puedan esperar daños extensos, duraderos y graves al medio marino.

Añade este autor que, en estos supuestos, el objetivo del atacante no es causar daños al medio ambiente sino *debilitar las fuerzas militares del enemigo* (Declaración de San Petersburgo) y, por tanto, se debe valorar el ataque en términos de la ventaja militar que se espera obtener, según la regla de la proporcionalidad. Sin que sea precisamente desdeñable la ventaja militar de la destrucción de un submarino o portaviones nuclear de la parte adversa. Se trata de una aplicación del principio de proporcionalidad de los daños colaterales en relación con la entidad de la ventaja militar esperada.

Pero esta aplicación de los principios generales del Derecho de los conflictos armados no impide afirmar la vigencia del criterio ecológico en el desarrollo de las operaciones de la guerra marítima.

Advierte RONZITTI (41) sobre los problemas de las operaciones navales que producen la destrucción de obras o instalaciones que contienen fuerzas peli-

(39) E. RAUCH: *Le Droit contemporain...*, art. cit. pags. 963 y ss.

(40) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(41) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...* ob. cit. Pags. 36 y 37.

grosas, protegidas en el artículo 56 del Protocolo I de 1977. Con independencia de los supuestos en que cesa la protección de estas obras o instalaciones (Apartado 2 del citado artículo 56), entiende el autor que las instalaciones petrolíferas y oleoductos no están protegidos por el mencionado artículo 56, como se puede comprobar en la elaboración del precepto (fué retirada una proposición para incluirlos). Sin embargo podrían estar protegidos por el artículo 55, ya que su destrucción podría dañar el medio ambiente natural. En todo caso, tampoco esta prohibición presenta particularismos en el desarrollo de las operaciones propias de la guerra en la mar.

En definitiva creemos asumible el texto armonizado de Ottawa, cuando establece:

“En la medida que lo permitan los requerimientos militares, los métodos o medios bélicos deberán utilizarse con el debido respeto a la protección del medio ambiente natural”.

IDENTIDAD DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE ACTUACION EN LOS BUQUES DE GUERRA DE SUPERFICIE, SUBMARINOS Y AERONAVES MILITARES

A. El empleo del arma submarina

a) El estado de aplicación del Protocolo de Londres de 1936

El empleo del arma submarina ha estado rodeado de un gran polémica que guarda relación con el gran valor estratégico de este arma contra las comunicaciones marítimas del enemigo. Destaca C. ROUSSEAU (42) la teoría alemana de la guerra submarina integral, la teoría inglesa de la prohibición del empleo de submarinos contra el comercio enemigo (al tratarse de un arma pérfida que no puede cumplir las reglas del derecho de captura) y la teoría francesa de la utilización reglamentada de un medio que, en sí mismo, no es ilegítimo. Aunque el Reino Unido intentó la prohibición total del arma submarina, antes de la primera guerra mundial no se había establecido ninguna regulación convencional sobre la materia por oposición de los demás países. Ni las Convenciones de La Haya de 1907, ni la Declaración Naval de Londres de 1909, ni el Manual de Oxford de 1913 se plantean el problema.

La práctica de la primera guerra mundial, donde fué utilizado el submarino contra los buques mercantes enemigos y neutrales sin restricciones (43), plan-

(42) C. ROUSSEAU: *Le Droit des conflits...*, ob. cit. pags. 245 y ss.

(43) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pags. 248 y ss.

teó su regulación que se intentó por el Tratado de Washington de 6 de febrero de 1922, que no entró nunca en vigor. En este texto, después de afirmar las reglas clásicas de que ningún buque mercante debe ser atacado a no ser que se resista a la visita y no debe ser destruido sin poner a salvo la tripulación y pasaje, concluía reconociendo la práctica imposible de usar los submarinos para destruir los buques mercantes sin violar las reglas universalmente adoptadas por las naciones civilizadas para la protección de la vida de los neutrales y no combatientes, y *con el fin de que la prohibición del uso de submarinos para destruir a los mercantes sea universalmente aceptada como una parte del derecho de las naciones, aquellas aceptan tal prohibición como, desde ahora, obligatoria entre ellas e invitan a todas las otras naciones a adherirse a la misma* (artículo 4).

Ante el fracaso de esta norma convencional, en las Conferencias Desarme se siguió planteando el problema que logró una solución convencional en el artículo 22 del Tratado Naval de Londres de 22 de abril de 1930. Este precepto dispone:

1. *En su acción con respecto a los buques mercantes, los submarinos deben respetar las reglas de derecho internacional a las que están sujetos los buques de superficie.*

2. *En particular, excepto en caso de persistente negativa a detenerse habiendo sido debidamente requerido, o resistencia activa a la visita, un buque de guerra, sea de superficie o submarino, no puede hundir o inutilizar para la navegación a un buque mercante sin que, previamente hayan sido puestos a salvo los pasajeros, tripulantes y documentos de navegación...*

Destaca ROUSSEAU (44) que este texto, abierto la adhesión de terceros Estados por el Protocolo de Londres de 6 de noviembre de 1936 (y reiterado por el Acuerdo de Nyon de 14 de septiembre de 1937, durante la guerra civil española), había sido ratificado por 36 Estados antes de la segunda guerra mundial. Entre ellas todas las grandes potencias navales: Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia, Japón, Alemania y la U.R.S.S. En actualidad, 49 Estados son parte en este Tratado y algunos —como España— que no lo han ratificado lo consideran obligatorio como norma consuetudinaria.

VAN HEGELSOM (45) pone de relieve que estas normas convencionales establecen que el empleo de los submarinos no está prohibido por sí mismo, si bien su acción debe conformarse a las reglas aplicables a los buques de superficie, poniendo a salvo previamente a la destrucción del buque mercante a la tripulación, pasaje y documentación de a bordo. Ahora bien, ya el informe del

(44) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 253.

(45) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

Comité de Juristas que preparó el texto del Tratado de Londres de 1930 había precisado:

El Comité desea hacer constar que la expresión "buque mercante", donde se emplea en la declaración, no comprende a un buque mercante que tome parte en las hostilidades de tal manera que le haga perder el derecho a la inmunidad de un buque mercante.

Con razón ironiza W.J. FENRICK (46) que, desafortunadamente, el Comité no continuó explicando el significado de "tomar parte en las hostilidades".

La práctica de la segunda guerra mundial se caracterizó por una utilización sistemática y generalizada del arma submarina y de formas de guerra submarina total o integral contra los buques mercantes enemigos o neutrales, con desconocimiento de las mencionadas normas convencionales. ROUSSEAU (47) nos ilustra con las reacciones de orden jurídico (represalias) y técnico (navegación en convoy, nuevos métodos de protección antisubmarinos y procedimientos técnicos de detención), así como las sanciones acordadas contra los infractores de las reglas del Tratado de Londres de 1930 y de su Protocolo de 1936.

En los juicios del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg sobre el empleo del arma submarina por la marina alemana se puso de manifiesto —según MEYROWITZ (48)— la licitud de los ataques a buques mercantes enemigos cuando: a) Fueran armados y con orden de atacar al submarino cuando fuera posible; b) Navegaran en convoy; c) Tuvieran orden de transmitir su posición al detectar al submarino, formando parte del servicio naval de información.

Por el contrario, se consideró violación de las normas convencionales: a) El ataque sin previo aviso de buques mercantes neutrales que navegaban por zonas de operaciones; b) La inobservancia de la prescripción relativa al salvamento de las personas de a bordo.

FENRICK (49) ha puesto de manifiesto la confusa jurisprudencia del Tribunal Internacional de Nüremberg en esta materia con una cita del Profesor O'CONNELL: "*Lo cierto es que los requerimientos del Protocolo de Londres son para ser observados sólo en la situación en que el submarino pueda actuar en la superficie con un mínimo riesgo*".

"Puesto que esta situación es hoy día un ideal que casi nunca puede hacerse realidad, estamos obligados a extraer del proceso de Doenitz la conclusión

(46) W. J. FENRICK: *The merchant vessel as legitimate target in the law of naval warfare*, en *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead*, Ensayos en Honor de Frits Kalshoven, Dordrecht, Boston, London, 1991, pag. 430.

(47) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pags. 253 y ss.

(48) H. MEYROWITZ: *Le Protocole Additionnel...*, ob. cit. pag. 294 y ss.

(49) W.J. FENRICK: *The merchant vessel...*, art. cit. pag. 433. Ver O'CONNELL: *International Law and Contemporary Naval Operations*, 1970.

de que las operaciones submarinas en tiempo de guerra no están hoy por hoy regidas por texto legal alguno y que tan sólo se puede hablar de boquilla respecto a los documentos navales del Protocolo de Londres”.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los progresos técnicos han aumentado la eficacia del submarino por su capacidad de inmersión, propulsión nuclear, autonomía, poder destructivo y difícil localización (50). La práctica posterior de las guerras de la postguerra, al tratarse de conflictos bélicos limitados en su componente naval, no ofrece experiencias decisivas sobre la legalidad del empleo del arma submarina y el problema se plantea más bien en relación con la definición de los objetivos militares en la guerra naval.

Así, FENRICK (51) escribe que la clave para una interpretación factible del Protocolo de Londres es la determinación del indefinido término *buque mercante*, pues en una guerra general —como las dos guerras mundiales— rara vez se encuentran buques mercantes auténticos, al existir un alto grado de control de los Estados sobre sus propios buques, que son auxiliares navales *de facto* y, en opinión de este autor, deberían ser tratados como buques auxiliares de la marina de guerra. Lo mismo puede ocurrir con los buques mercantes neutrales que comercian con el enemigo, aunque —evidentemente— puede existir una navegación neutral/comercial ajeno a las hostilidades.

De manera que, como apunta VAN HEGELSOM (52), no se trata tanto de que los submarinos y aviones deban seguir las mismas reglas que los buques de superficie, como que hoy es cuestionable la prohibición de destruir los buques mercantes sin previo aviso y sin poner previamente a salvo el pasaje, tripulación y documentos de a bordo, para los buques de superficie, submarinos o aviones.

b) La regulación legal del empleo de submarinos.

Cabe preguntarse sobre la vigencia actual de las reglas establecidas en el Protocolo de Londres de 1936 sobre el empleo del arma submarina, como derecho convencional o consuetudinario.

El X Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra se planteó si el Protocolo I de 1977 confirmó las reglas del Tribunal de Nüremberg sobre la prohibición de que los submarinos puedan destruir los buques mercantes sin salvar previamente su tripulación. El comentario inicial consideró que las normas de la Sección I del Título IV (Protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) complementan el

(50) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pags. 257 y 258.

(51) W.J. FENRICK: *The merchant...*, ob. cit. pag. 434.

(52) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

Protocolo de Londres. Sin embargo, la postura de los representantes de Canadá, Bélgica, Alemania y Estados Unidos estimaron que las citadas normas del Protocolo I sólo son aplicables cuando las operaciones navales afectan a la población civil o bienes civiles en tierra (53).

En nuestros días las normas del Derecho "clásico" de la Guerra Marítima han sido cuestionados por la moderna guerra naval. Como dice FENRICK (54) la tecnología moderna (aviación, sistemas de detección, comunicación y armas de largo alcance como los misiles) ha hecho que hoy capturar un barco —a menos que el captor tenga una superioridad marítima sustancial— no sea una medida de guerra práctica, aumentando el riesgo si se da a la tripulación la oportunidad de abandonar el buque antes del ataque. DOSWALD-BECK (55) estima que la práctica tradicional de la detención, registro y captura de los buques mercantes es la excepción de la guerra naval moderna.

Se deben de tener en cuenta dos observaciones paralelas. La primera se refiere a la determinación de los objetivos militares en la guerra naval. La segunda que los pasajeros y las tripulaciones —aunque tengan el tratamiento de prisioneros de guerra— son personas civiles y el moderno Derecho Internacional Humanitario debe procurar su protección en la medida de lo posible.

Entre los Manuales de Derecho de la Guerra Naval de los diversos países en la actualidad (Francia, Estados Unidos, Australia) citaremos el "*United States Navy Manual, The Law of Naval Warfare*" (56) por su importancia. Según este texto, los buques mercantes enemigos pueden ser atacados y destruidos, con o sin aviso previo, en algunas de las hipótesis siguientes:

- 1) Resistencia activa a la visita, inspección o captura.
- 2) Negativa a detenerse después de haber sido debidamente advertidos.
- 3) Navegar en convoy protegidos por buques de guerra o aviones militares enemigos.
- 4) Si han sido armados y existen razones para suponer que sus armas han sido empleadas o están destinadas a ser empleadas de manera ofensiva contra el enemigo.
- 5) Si forman parte del sistema de información de una fuerza armada enemiga o cooperan con este sistema de alguna manera.

(53) Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Tomo XXVI-1-2-3, 1987, pags. 118 y ss.

(54) W.J. FENRICK: *The merchant...*, ob. cit. pag. 437.

(55) L. DOSWALD-BECK: *The International Law of Naval Armed Conflicts: The Need for Reform*, 1986-1987, pags. 276 a 282.

(56) United States Navy Manual, *The Law of Naval Warfare*, 1955, art. 503, litt. b, al 3. Texto original en R. W. TUCKER: *The Law of War and Neutrality at Sea*, International Law Studies 1955, Vol. XLX, Washington, 1957, pag. 397.

VAN HELGELSOM (57) ha puesto de manifiesto, en este contexto, la vulnerabilidad del submarino contra las medidas defensivas de los buques mercantes o buques de guerra enemigos y sus fuerzas aéreas, que les llevó a abandonar el procedimiento clásico de la visita y captura. Las medidas antisubmarinas han progresado tanto que, frente a las ventajas de los buques de superficie apoyados por la aviación, la efectividad del arma submarina reside en la sorpresa, la velocidad, la precisión de su armamento y la seguridad relativa que le proporciona la navegación en inmersión.

En estas condiciones someter a los submarinos a las mismas limitaciones que tienen los buques de guerra de superficie significa que sólo podrán actuar contra los buques mercantes que constituyan objetivo militar, pues en otro caso —como observa VAN HEGELSOM (58)— los procedimientos de visita, registro y la naturaleza de sus obligaciones hacia la tripulación y pasajeros de los buques mercantes, o son físicamente imposibles o contradicen precauciones militares básicas, puesto que su inmovilidad en superficie le convierten en un fácil blanco para el enemigo. Añade este autor que tampoco dejan de plantear problemas los ataques contra buques mercantes que constituyen objetivo militar, en relación con los deberes posteriores a la destrucción de la nave, por lo que se refiere a la búsqueda y salvamento de los naufragos supervivientes.

Para FENRICK (59) es muy posible lograr un consenso moderno sobre las siguientes proposiciones:

- a) Cualquier buque mercante puede (sin previo aviso) ser atacado:
 - I. Si participa en acciones de guerra del enemigo.
 - II. Si actúa como auxiliar de las Fuerzas armadas enemigas.
 - III. Si está incorporado o ayuda al sistema de inteligencia o información del enemigo.
 - IV. Si navega escoltado por buques de guerra o aviones militares enemigos.
- b) Cualquier buque mercante enemigo puede ser atacado:
 - I. Si está armado hasta el punto de poder infligir daños significativos a un buque de guerra.
 - II. Si no obedece una orden de detenerse o se resiste activamente a la visita, registro o captura.
- c) Un buque mercante puede ser atacado si se cree, con fundamento razonable y probable, que transporta contrabando o viola un bloqueo y, después de

(57) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(58) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(59) W.J. FENRICK: *The merchant...*, ob. cit. pags. 438.

un aviso previo, el buque rehusa de manera intencionada y clara detenerse o se niega a la visita, registro o captura.

d) Los buques de pasajeros, cuando se dediquen al transporte de personas civiles por mar, no pueden ser atacados.

e) Los buques neutrales o beligerantes de las siguientes clases están exentos de ataque o captura en tanto no tomen parte alguna en las hostilidades: barcos de pesca costera, buques pequeños empleados en el tráfico local, buques hospital, transportes sanitarios y buques destinados a misiones religiosas, filantrópicas o científicas no humanitarias. A ellos habría que añadir los buques cárcel o dedicados a parlamento o canje de prisioneros, las embarcaciones costeras de salvamento, los buques dotados de salvoconducto y los dedicados exclusivamente al transporte de víveres o suministros esenciales para la supervivencia de la población civil.

Ahora bien, la cuestión que se plantea en la actualidad es en qué condiciones pueden ser atacados sin previo aviso —por ejemplo, mediante el empleo de submarinos— los buques mercantes neutrales o enemigos que no se encuentren en ninguna de las situaciones expuestas, lo que ocurrirá con el grueso del tráfico comercial de los beligerantes. Rechaza sucesivamente FENRICK (60) que dependa la respuesta de la existencia o no de una guerra declarada, de la escalada o intensidad del conflicto, de la localización del buque dentro de una zona determinada (zona de operaciones navales), de la bandera del buque o de la función que realizan.

Realmente se han empleado diversos términos para delimitar la condición de objetivo militar de un buque mercante. Se habla, en efecto, de buques *integrados en el apoyo del esfuerzo bélico del enemigo*, es decir: *esfuerzo que de manera indirecta pero efectiva apoya y sostiene la capacidad de combate de un beligerante*, como *las importaciones de materias primas para la producción de armas y las exportaciones de productos cuyos beneficios son utilizados por los beligerantes para obtener armas*. En el caso de los buques neutrales los que *operen directamente bajo el control, órdenes, fletamento, empleo o dirección del enemigo*. Todos estos términos son —en opinión de KALSHOVEN (61)— excesivamente amplios y permiten una gran discrecionalidad para que un beligerante pueda calificar como objetivo militar cualquier buque mercante que comercie con el enemigo.

En la mesa Redonda de Bochum (1989) se acordó una definición de esta categoría residual de buques mercantes, que se convierten en objetivo militar de la guerra marítima si *contribuyen de manera efectiva a la acción militar a través, por ejemplo, del transporte de material militar*.

(60) W.J.FENRICK: *The merchant...*, ob. cit. pags. 439 y ss.

(61) F. KALSHOVEN: *Enemy Merchant Vessels as Legitimate Military Objectives*, documento no publicado, 1990.

El empleo del arma submarina contra la navegación comercial enemiga o neutral depende pues, en definitiva, de la determinación de lo que pueda entenderse por objetivos militares en los conflictos armados en la mar, siendo aplicables a los submarinos las mismas reglas que a los buques de guerra de superficie.

B. La actuación de aeronaves militares

Cuando nos referimos, en el Derecho de los conflictos armados en la mar, a la actividad de la aviación limitamos su estudio a las operaciones de aeronaves militares sobre los espacios marítimos y contra objetivos navales. Naturalmente hay que destacar la ausencia de normas convencionales o consuetudinarias en esta materia, pues la regulación de la guerra aérea o es inexistente —por el fracaso de las Reglas de la Guerra Aérea de La Haya, 1922-1923— o está contenida en el Protocolo I de 1977, que se refiere a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades. Y esta Sección I del Título IV se aplica a cualquier operación de guerra aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil, así como a todos los ataques desde el aire contra objetivos en tierra (artículo 49.3 del citado Protocolo).

En principio la actuación de la aviación naval no ofreció problemas legales pues estaba principalmente dirigida contra los buques de guerra o aeronaves militares enemigas. Comenzaron las dificultades cuando se utilizaron aviones para destruir los buques mercantes enemigos o neutrales, sin que fuera posible —por razones obvias— que pudieran cumplir los requisitos de la visita, registro y captura, particularmente el deber de poner a salvo al pasaje, tripulación y documentación de los buques atacados. La conclusión no puede ser otra que la prohibición de utilizar la aviación militar en ataques contra buques que no constituyan un objetivo militar, pues no cabe eximirlos de las obligaciones que pueden cumplir los buques de guerra de superficie.

Así, en la Mesa Redonda de Bochum (1989) se determinó que la limitación de los ataques a los buques que son objetivo militar era aplicable para los aviones en los conflictos armados en la mar.

La guerra del Golfo Pérsico entre Irán e Iraq constituyó una experiencia reciente sobre el uso de la aviación militar contra los buques mercantes enemigos o neutrales. Ahora bien la cuestión no se plantea tanto en términos de elaboración de reglas especiales para la actuación de los aviones militares, como en la determinación de si los buques atacados constituían o no un objetivo militar. Opina VAN HEGELSOM (62) que las preocupaciones legales que surgen en torno al uso de la aviación se desenvuelve, básicamente, sobre las mismas

(62) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

cuestiones que se plantean con respecto a los torpedos y misiles (problemas de identificación de blancos y de error en los disparos) y no están relacionados con el uso del avión como sistema de armamento.

La conclusión de este autor es que no se necesita establecer restricciones legales especiales para las operaciones aéreas en el Derecho de los conflictos armados en la mar.

Sin embargo, el uso de la aviación en zonas especialmente conflictivas donde se desarrollen operaciones aeronavales plantea el problema de la identificación de objetivos militares por los posibles errores en la detección de blancos. A ello se une los breves momentos de que dispone el mando militar para ordenar un ataque ante un objeto no completamente identificado que puede constituir un peligro potencial para su seguridad. Los casos del ataque por aviones de Iraq al buque de guerra norteamericano *Stark* (que no tomó las medidas defensivas apropiadas contra la aviación hostil) y del también buque U.S.A. *Vicennes*, que derribó por error un air-bus de pasajeros iraní, ilustran los problemas de la guerra aeronaval. Particularmente los defectos de señalización de las aeronaves o buques protegidos y los fallos en la previa identificación de los objetivos militares en una zona de conflicto donde navegan o vuelan buques mercantes (enemigos o neutrales) con o sin escolta, buques de guerra (enemigos o neutrales), buques especialmente protegidos, aviones militares (enemigos o neutrales), aeronaves comerciales (enemigas o neutrales) y aeronaves especialmente protegidas.

Así pues, no siendo el uso de la aviación militar un medio en sí mismo indiscriminado ni prohibido como sistema de armas, se regula por idénticas normas sobre los ataques en la guerra naval, que comprenden la distinción entre objetivos militares y objetos civiles, así como el principio de proporcionalidad.

Por todo ello, el texto de la Mesa Redonda de Toulon (1990) armonizado en Ottawa (1992) estableció, sin entrar en mayores profundidades, que:

“Los buques de superficie, submarinos y aeronaves están sujetos a los mismos principios y reglas”.

02. Precauciones Inherentes al Lanzamiento de un Ataque

A. Definición del término ataque

La definición de *ataques* en el moderno Derecho Internacional Humanitario figura en el artículo 49.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, dentro de la Sección I del Título IV dedicado a la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades. Como dice JEAN

DE PREUX en los Comentarios del C.I.C.R. a los referidos Protocolos (63), esta Sección representa —sin duda— la obra maestra de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 y la conquista más significativa lograda, dentro del Derecho Internacional Humanitario, después de la aprobación del IV Convenio de Ginebra de 1949. E implica también un decisivo desarrollo del llamado Derecho de La Haya, cuya evolución se había detenido —respecto al progreso del denominado Derecho de Ginebra— en las anticuadas reglas de 1907, que no podían responder a los logros obtenidos por las técnicas de combate en las dos guerras mundiales y en las guerras de la postguerra, produciendo la desprotección de las víctimas de los conflictos armados, particularmente de la población civil.

El constante uso del término *ataque* en el mencionado Título IV del Protocolo I de 1977 (y en otros preceptos del mismo, como los artículos 12, 39, 41, 42, 44 y 85) hizo necesario definirlos en el citado artículo 49.1. Definición que, aún cuando está ubicada en el repetido Título IV del Protocolo (protección general de la población civil) tiene validez para la totalidad de esta norma convencional.

Afirman CLAUDE PILLOUD y JEAN DE PREUX (64) que esta definición no se basa en la acepción vulgar de la palabra *ataque*, que se refiere a la idea del comienzo de un combate. Se cita la encuesta formulada por la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra (IX Congreso, Laussane, 1982), en la que se pone de manifiesto que las instrucciones militares de los diversos países definen el *ataque* como un acto ofensivo que tienen por objeto destruir las fuerzas del enemigo o ganar terreno.

La definición del Protocolo está más próxima a la que ofrece LITTRE, citada por los referidos autores: *dirigir un acto de violencia contra un adversario*. La amplia definición de los ataques en el artículo 49.1 —que obedece al propósito de proteger mejor a la población civil contra los efectos de las hostilidades— comprende tanto las acciones ofensivas como las defensivas o contra-ataques, por lo que abarca realmente todas las acciones de combate. Es de destacar que tampoco coincide la noción de ataques del Protocolo con otra noción vulgar: la idea de agresión o de inicial recurso a la violencia contra el adversario.

C. PILLOUD Y J. DE PREUX estiman que la razón de ser de esta amplia definición obedece a la necesidad de hacer comprender en la instrucción militar que las restricciones establecidas por el derecho humanitario en relación con el uso de la fuerza deben ser observadas tanto por las tropas que se defien-

(63) Jean DE PREUX: *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève 1986, Comité Internacional de la Cruz Roja, pag. 593.

(64) Claude PILLOUD y Jean DE PREUX: *Commentaire des Protocoles...*, ob. cit. pag. 615.

den como por las que realizan un asalto o toman la ofensiva (65). Concluyendo estos autores con una noción del ataque como el empleo de la fuerza de las armas para realizar una operación militar al inicio o durante un conflicto armado.

En cuanto a la aplicación de esta definición del Protocolo I de 1977 a los conflictos armados en la mar, J.A. REILLY (66) estima que todas las disposiciones sobre ataques del citado Protocolo son aplicables, aunque la guerra en el mar se regirá por sus propias normas (artículo 49. 2 y 3). E. RAUCH (67), en su polémica con MEYROWITZ, advierte sobre la distinción primordial que hace el artículo 49.3 del Protocolo entre *ataques* y *operaciones navales*, pues en la primera frase del mencionado precepto se refiere a las *operaciones navales* para excluir de sus normas a aquellas que no afecten en tierra a las personas o bienes civiles, mientras que se regirán por las normas de tal Sección del Protocolo (protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) todos los ataques desde el mar contra objetivos en tierra. Es evidente, por tanto, que algunas acciones hostiles marítimas —como el llamado bombardeo naval de puertos o costas de la parte adversa— se encuentran regulados por las normas del referido Protocolo.

El texto aprobado por la Mesa Redonda de Toulon (1990) y armonizado en Ottawa (1992) define así el ataque:

El término "ataque" significa un acto de violencia, sea ofensivo o defensivo.

La diferencia más apreciable entre esta definición y el texto del artículo 49.1 del Protocolo I de 1977 reside en la supresión de la frase "contra el adversario", que ya suscitó la polémica en al Conferencia Diplomática de 1974-1977 (Comisión III). Como afirman C. PILLOUD y J. DE PREUX (67), los que deseaban esta supresión —que finalmente fue mantenida en el texto del Protocolo— argumentación que las disposiciones de la Sección (protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades) deberían aplicarse a las *personas civiles de todas las partes en el conflicto* (y no sólo a la población civil del adversario) y abarcar también la protección de la población civil de la Parte que lanza el ataque.

Aceptando estas razones en el ámbito de los conflictos armados en la mar, el texto que armonizado de Ottawa (1992) suprime — a mi modo de ver con acierto— el requisito de que los actos de violencia se dirijan contra el adversario.

(65) C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 615 y 616.

(66) J. A. REILLY: *Derecho de La Haya...*, art. cit. pag. 106.

(67) E. RAUCH: *Le Droit contemporain...*, art. cit. pag. 965 y ss. C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 614.

Otras de las dudas que se plantea en la definición de ataque es si la noción comprende la colocación de minas, con su repercusión en la guerra marítima de las minas submarinas, ha sido resuelta por la doctrina (68) al estimar que existe ataque desde que una persona es puesta directamente en peligro por la colocación de una mina.

B. Precauciones en el ataque

El texto de la Mesa Redonda de Toulon (1990) fue modificado en Ottawa (1992) para salvar la aplicación estricta de las reglas sobre protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades, establecidas en la Sección I del Título IV del Protocolo I de 1977, en los supuestos de ataques desde el mar contra objetivos en tierra (artículo 49.3). El texto armonizado de Ottawa dice : *Sin perjuicio de las reglas aplicables al ataque por fuerzas navales contra objetivos en tierra...* (siguen las normas específicas de la guerra marítima sobre las precauciones en el ataque).

Ciertamente pueden existir circunstancias que hagan dudar sobre la aplicación de los referidos preceptos del Protocolo I de 1977 o de las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados en el mar. H. MEYROWITZ (69) se refiere a alguna de ellas, por ejemplo la hipótesis de un ataque lícito —terrestre, aéreo o naval— contra un objeto en la mar, causando incidentalmente en tierra, pérdidas en la población civil, heridas a personas civiles o daños a bienes de carácter civil. Se pregunta el autor sobre la aplicación del principio de proporcionalidad y la prohibición de ataques indiscriminados, establecido en el artículo 51.5. b) del citado Protocolo. Cuestión limítrofe entre ambas normas que puede ser resuelta por el texto armonizado de Ottawa, que recoge —con redacción similar— principios sustancialmente idénticos a los que presiden el moderno Derecho internacional humanitario, para los conflictos armados en la mar.

Las precauciones en el ataque establecidas en el texto de Ottawa sintetizan —en su aplicación a la guerra marítima— los principios contenidos, principalmente, en el importante artículo 57 del Protocolo I de 1977. Tal precepto, en el sentir de los comentaristas (70), se aplica a todos los ataques y sus principios —relativamente imprecisos y que presentan un amplio margen de apreciación para los jefes militares— son la reafirmación de otros artículos funda-

(68) C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 615.

(69) H. MEYROWITZ: *Le Protocole...*, art. cit. pags. 252 y ss.

(70) C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 697 y 698.

mentales del citado Protocolo, como las reglas contenidas en los artículos 48, 51, 52, y 54 de la mencionada norma convencional.

Es de advertir, sin embargo, que el texto armonizado de Ottawa, que pasamos a comentar seguidamente, no contiene referencia expresa alguna a la protección específica de la población civil o de los bienes civiles en los espacios marítimos, aunque implícitamente se refiere a estos conceptos cuando alude a los objetos que no sean objetivos militares.

a) Los sujetos activos del ataque.

Quizás recogiendo alguna crítica vertida respecto al texto del artículo 57 del Protocolo, en cuanto a la determinación de los responsables —incluso penalmente— de la infracción de las precauciones en los ataques, del texto de Ottawa ha querido abarcar desde el principio a todos los posibles sujetos activos: los que planean, deciden o ejecuten un ataque. Así quedan comprendidos en la norma tanto los jefes principales —militares o no— como los militares subalternos, el estado mayor (que planea) o quienes ejecutan las operaciones navales. Las precauciones deben ser observadas por todos, sin perjuicio del deber de los mando superiores de instruir al personal a sus órdenes —de manera suficiente— sobre la correcta aplicación de las normas del Derecho de los conflictos armados en la mar (71).

b) El deber de información previa.

Antes de lanzar un ataque, quienes lo planeen, deciden o ejecuten tienen el deber de recoger la necesaria información para determinar si existen en el área de ataque objetos que no sean objetivos militares.

La previa identificación de los objetivos militares es regla básica para evitar el error y elemental precaución exigible antes del ataque, que se concreta también en la determinación de la existencia o no de objetos que no constituyan objetivo militar en el área donde se va a desarrollar la acción hostil. Especial importancia reviste esta regla en la acción naval o aeronaval, pues —ordinariamente— no se trata de observaciones visuales derivadas de un reconocimiento personal del objetivo militar (o del objeto que no es objetivo militar), sino datos proporcionados por los medios técnicos de detección o por reconocimientos aéreos. A ello hay que sumar, muchas veces, el escaso tiempo de reacción entre el temor de un ataque enemigo, lo que propicia el error y aumenta la dificultad para poder evaluar los datos disponibles.

El buen sentido y buena fé de los responsables, como dicen C. PILLOUD y J. DE PREUX (72), será la norma interpretativa más segura que aconsejará

(71) C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 700.

(72) C. PILLOUD y J. DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 700.

adoptar todas la medidas *factibles* para recoger información y, en caso de duda, solicitar más datos hasta tener una razonable seguridad antes de ejecutar el ataque. Hay que resaltar, sin embargo, que puede tener influencia en la fidelidad de la información disponible la calidad de los modernos medios de detección o información con que cuente cada Parte en el conflicto. Y así aflora la desigualdad de los beligerantes y su diverso grado de responsabilidad ante esta regla de Derecho internacional humanitario.

El precepto propuesto hace referencia al *área de ataque*, concepto de gran aplicación en los espacios marítimos y aéreos sobre el mar y se formula negativamente, en el sentido de que lo importante es comprobar si existen o no objetos que no sean objetivos militares en tales áreas marítimas.

El texto de Ottawa dice: *Quienes planeen, decidan o ejecuten un ataque deberán tomar todas las medidas factibles para recoger información que ayude a determinar si hay objetos que no sean objetivos militares presentes en un área de ataque.*

c) La limitación de los ataques a los objetivos militares.

Partiendo de la información disponible, se deben limitar los ataques de forma que —en lo posible— sólo afecten a los objetivos militares. A ello ayudará, sin duda, una correcta identificación de los objetivos militares que van a ser atacados y, naturalmente, de las circunstancias que concurren en el momento de lanzar el ataque. Aquí, como observan los comentaristas (73), coinciden el interés militar y el humanitario, pues ningún comandante militar responsable concentra su esfuerzo y medios —siempre limitados— sobre objetivos que no supongan interés militar.

Numerosos preceptos del Protocolo I de 1977, referentes a la limitación de los ataques a los objetivos militares, reciben aquí confirmación. Así, los artículos 48 (Norma fundamental), 51 (Protección de la población civil), 52 (Protección general de los bienes de carácter civil) y 57 (Precauciones en el ataque).

Se echa de menos, sin embargo, una referencia al artículo 56 del mismo Protocolo: Protección de las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Debe ser citado expresamente el Manual del Comandante de las Fuerzas Navales de los Estados Unidos (Normas de la Operaciones Navales), cuando dispone que los misiles y proyectiles dependientes de los sistemas de dirección sobre el horizonte o más allá del alcance visual son legales, a condición

(73) C.PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 699.

de que estén provistos de sensores o sean utilizados en conjunción con las fuentes exteriores de datos sobre blancos, que sean suficientes para asegurar una discriminación efectiva del blanco.

El texto armonizado de Ottawa dice literalmente: “*A la luz de la información a su disposición, quienes planeen, decidan o ejecuten un ataque deberán hacer todo lo posible para asegurar que dichos ataques estén limitados a objetivos militares*”.

d) La elección de métodos o medios de ataque.

Importancia primordial, a la vista de la información disponible, reviste para el mando la elección de métodos (procedimientos de combate) y medios (armas) para atacar al enemigo. También aquí coinciden las preocupaciones humanitarias y el interés militar, que aconseja economizar medios, adecuarlos al objetivo a batir, buscar la precisión y ahorrar municiones.

Escriben C. PILLAUD y J. DE PREUX (74) que la norma del artículo 57.2.a,II) —que establece el principio de limitación de métodos y medios de ataque para evitar daños colaterales— no implica ninguna prohibición específica de armas. Añadiendo que se trató de que las Partes en un conflicto equipen las armas particularmente peligrosas para la población con dispositivos de seguridad que las conviertan en inofensivas cuando escapen al control de quienes las utilicen. Se cita expresamente el problema de las minas, planteable —en los conflictos armados en la mar— respecto de la colocación de minas submarinas automáticas de contacto.

El texto armonizado de Ottawa contiene la siguiente disposición: *Asimismo deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de métodos para evitar o reducir al mínimo los daños colaterales.*

La preocupación por evitar o reducir los daños colaterales, mediante la elección de los métodos o medios adecuados y factibles, pone de manifiesto el carácter humanitario del precepto. Y la redacción del proyecto debe ser alabada pues supera cierta ambigüedad, criticada por la doctrina (75), del artículo 57.2.a,II) del Protocolo I de 1977, introduciendo la expresión *para evitar o reducir al mínimo los daños colaterales.*

e) El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, una de las reglas fundamentales del moderno Derecho de los conflictos armados, figura expresamente recogido en dos apartados del artículo 57 del citado Protocolo I de 1977: el apartado

(74) C.PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 701.

(75) C.PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 701.

2.a), III) y el 2.b) del indicado precepto. Se trata de una regla relativa que busca el justo equilibrio entre las necesidades de la guerra y las exigencias humanitarias, pues —como observan los comentaristas— no existe en las normas convencionales ninguna cláusula que conceda prioridad a las exigencias militares (76).

El texto armonizado de Ottawa sintetiza los preceptos del referido Protocolo, con la siguiente redacción: *Un ataque no deberá lanzarse si el daño colateral de dicho ataque, en su conjunto, fuera excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; un ataque deberá anularse tan pronto como se haga evidente que el daño colateral sería excesivo.*

Ahora bien, cabe preguntarse cuando se debe considerar excesivo el daño colateral en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Como toda regla relativa, el sistema reposa sobre la evaluación subjetiva de los jefes militares que deciden lanzar o anular el ataque. En su buen sentido y buena fé. Pues, como escriben los comentaristas, en cada ataque deben pesar cuidadosamente los intereses humanitarios y militares en presencia (77), pues el precepto es un compromiso razonable entre intereses contradictorios.

Recogiendo la crítica —y el contenido de algunas declaraciones interpretativas de diversos Estados al ratificar el Protocolo I de 1977— el texto de Ottawa hace referencia a que el daño colateral del ataque debe valorarse *en su conjunto*, superando evaluaciones parciales referidas a las diversas partes de una acción militar única y sostenida. Interpretación que, por otra parte, se deducía claramente de la norma convencional.

Las palabras *concreta y directa* que matizan la ventaja militar prevista significan la previsible obtención de un interés sustancial y relativamente próximo e imponen al atacante exigencias mayores que los criterios determinantes de la noción de objetivo militar en el artículo 52.2 del Protocolo (78).

Finalmente, hay que resaltar que la regla de la proporcionalidad significa la necesidad de sopesar determinados factores de riesgo en la causación de daños colaterales excesivos, como la proximidad o lejanía de objetos civiles a los objetivos militares, las condiciones meteorológicas, las características de los espacios marítimos donde se desarrolla la acción hostil, la peligrosidad intrínseca de los mismos objetivos militares (grandes petroleros o cargamentos que pueden producir grandes explosiones), la precisión y naturaleza de las armas empleadas en el ataque, la distancia hasta el objetivo, el poder destructivo de los proyectiles o la pericia técnica de los encargados del manejo de las armas.

(76) C. PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 702.

(77) C. PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 702.

(78) C. PILLOUD y J.DE PREUX: *Commentaire...*, ob. cit. pag. 704.

03. Medios de Guerra

Introducción. La Regla Básica

Los medios en el Derecho de los conflictos armados son las armas o los sistemas de armamento y, en el Derecho de la guerra marítima, las armas navales o sus sistemas de armas. Sin embargo, como afirma VAN HEGELSOM (79), sólo algunos de los actuales medios utilizados en el combate naval plantean problemas específicos al Derecho de los conflictos armados en la mar. Dejando aparte los sistemas de armamentos ya estudiados —como el arma submarina o las aeronaves militares— estudiaremos las minas, las armas de larga distancia (como los torpedos y misiles) y el bombardeo naval por la incidencia en el mismo de las disposiciones del Protocolo I de 1977.

En el texto aprobado en la Mesa Redonda de Toulon (1990) y armonizado en Ottawa (1992) se enuncia la regla básica en materia de utilización de medios de guerra en la mar:

Esta prohibido utilizar medios de guerra que no estén o no puedan dirigirse contra un objetivo militar.

No cabe duda que el principio de distinción —norma fundamental del moderno Derecho internacional humanitario— debería ser aplicable a los medios de hostilizar propios de la guerra en el mar, tal y como se expresa en el artículo 48 del Protocolo I de 1977. Tal principio debe presidir todo intento de codificar las normas de la guerra marítima.

Se parte pues de la regla por la que se prohíbe el uso de medios de combate naval que no son discriminatorios entre objetivos militares y objetivos civiles.

En la redacción del artículo 51.4 del referido Protocolo, se consideran ataques indiscriminados los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto o los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto.

La regla básica del texto de Ottawa es pues una reproducción del principio de distinción contenido en el Protocolo I de 1977.

Se suele poner como ejemplo la colocación de minas submarinas automáticas de contacto. Minas que no son en si mismas armas indiscriminadas, pero cuyo uso debe regularse para que no se convierta en indiscriminado al perderse su control por parte de la parte que las coloca.

(79) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

03.01. Torpedos

VAN HEGELSOM (80) estudia los torpedos entre las armas navales de larga distancia, al lado de los misiles, distinguiéndose de las minas pues el problema de éstas es su posible indiscriminación respecto de la navegación mercante y neutral. Añade este autor que el VIII Convenio de La Haya de 1907 trató conjuntamente las minas y los torpedos (artículo 1.3). Allí se prohibía *Emplear torpedos que no se hagan inofensivos una vez errado el golpe.*

Se estima así que las características comunes a minas y torpedos se han perdido con el desarrollo tecnológico y tal evolución ha acercado la regulación de éstos últimos (los torpedos) a la que conviene a los misiles como armas navales de larga distancia.

En todo caso, conviene precisar que deben tener el mismo tratamiento que los torpedos —y eventualmente que los misiles— determinadas minas submarinas que pueden lanzar un torpedo (captor) una vez activadas, usando propulsión interna para acercarse al blanco. Un tipo de minas muy especial —con tratamiento que debe asimilarse a los torpedos— es la *Rocket Vertical Mine* (RVM), muy profunda pero con un orinque corto, que al activarse dispara un cohete o misil contra la quilla del buque que se acerca. Todos estos artefactos, aunque se denominen minas, que a partir de la presencia de un buque disparan un torpedo o misil que, autopropulsado, se dirige contra el barco-objetivo, se deben asimilar a los torpedos en su tratamiento jurídico (81).

El torpedo se distingue —incluso etimológicamente (del latín *torpedo*, pez selacio que emite descargas eléctricas, según escribe FERNANDEZ-FLORES (82)— de las minas por su movilidad y la razón de su regulación en el VIII Convenio de La Haya de 1907 es que si el torpedo no alcanzaba su blanco se convertía en una mina con su peligrosa carga para todos los buques. Este riesgo desaparecía si se hundía o se desactivaba el explosivo al errar el objetivo. En realidad el motivo era el mismo que en el supuesto de las minas submarinas automáticas de contacto: se convertían en armas indiscriminadas contra toda la navegación.

VAN HEGELSOM (83) define las armas navales de largo alcance —misiles y torpedos— como *cualquier artefacto explosivo que se propulse solo, lanzado por cualquier medio desde tierra, aire o la superficie o el interior del mar;*

(80) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(81) Alberti DUMAS: *Ejercicios Passex de Medidas contra Minas*, en Revista Española de Defensa, Junio 1991, pag. 39.

(82) J.L.FERNANDEZ-FLORES: *Del Derecho...*, ob. cit. pag. 360.

(83) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

con el fin de dañar o hundir buques o aviones en el mar. Para este autor, frente a la preocupación expresada en el VIII Convenio de La Haya de 1907 de que el torpedo que falla su objetivo pudiera convertirse en una mina flotante, los problemas de los torpedos residen hoy en la posibilidad de que alcance blancos equivocados e indiscriminados. Sin embargo, se reconoce que los torpedos han alcanzado un alto grado técnico de precisión para alcanzar el objetivo sin daños colaterales, por lo que se les puede considerar como armas que discriminan de modo suficiente entre los objetivos militares y los objetos civiles. Las normas generales sobre prohibición de ataques indiscriminados y determinación de los objetivos militares en la guerra naval parecen suficientes, sin necesidad de adoptar reglas especiales para el tratamiento de este problema.

Persiste, a pesar de todo, la vieja dificultad que motivó la prohibición contenida en el VIII Convenio y, por ello, el texto armonizado de Ottawa contiene la siguiente prevención;

Esta prohibido utilizar torpedos que no se hundan o de cualquier otro modo se hagan inofensivos cuando hayan completado su recorrido.

Con independencia de las indudables mejoras de redacción frente al texto del artículo 1.3 del VIII Convenio de La Haya, la doctrina (84) ha considerado poco realista la exigencia de autodestrucción de torpedos y misiles cuando no alcanzan su objetivo o *hayan completado su recorrido*. Y ello porque, por una parte estos ingenios se suelen utilizar en áreas donde el ataque es lanzado —a la vez— contra varios objetivos militares diferentes y, por otra, son muy escasas las probabilidades de dar en un blanco equivocado —que no constituya objetivo militar— si el objetivo civil protegido no opera en la inmediata vecindad del lugar donde navegan las fuerzas navales.

03.02. Minas.

VAN HEGELSOM (85) define la mina como un aparato explosivo que se coloca en el agua, sobre el fondo o en el subsuelo del mar, con la intención de dañar o hundir barcos para persuadir a los barcos a que no entren en un área marítima determinada. Esta definición tan general, que trata de evitar las dificultades que ofrece el VIII Convenio de La Haya de 1907 (que sólo reguló las minas submarinas automáticas de contacto), se aproxima mucho a la Proposición que presentó Suecia a la Asamblea General de las Naciones Unidas (Protocolo sobre minas marinas) en la Comisión de Desarme (1990). Este texto definía así las minas marinas:

(84) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(85) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

A los efectos de este Protocolo, por "mina" se entiende un artefacto explosivo depositado en el agua, en el lecho marino o en el subsuelo con la intención de dañar o hundir buques o para disuadir a los barcos con el fin de que no entren en determinadas zonas del mar. El concepto no incluye los artefactos colocados en el casco de los buques o en instalaciones portuarias por personal que opera bajo agua (86).

Esta última definición excluye, con acierto, la colocación de aparatos explosivos en buques o instalaciones portuarias por buceadores de combate (hombres rana). El texto aprobado en Toulon (1990) y armonizado en Ottawa (1992) no contiene ninguna definición de lo que deba entenderse por mina naval.

Algunos problemas de delimitación presentan las llamadas minas de interdicción de playa, colocadas para impedir las operaciones anfibia de desembarco. El lugar de colocación de estas minas, que deben distinguirse de las depositadas en las costas y puertos para impedir la navegación y acceso de los buques, será determinante para decidir si se aplica el Protocolo II (Prohibiciones o restricciones del empleo de las minas, armas trampa y otros artefactos) anexo al Convenio de 10 de octubre de 1980, relativo a las minas terrestres.

C. ROUSSEAU (87), después de definir la mina submarina como un ingenio que, conteniendo una fuerte carga explosiva, está destinado a explotar bajo el agua de acuerdo con sistemas peculiares de disparo, establece una clasificación técnica de tales minas. Así, distingue: a) las minas de mando eléctrico (o torpedos de fondo), empleadas antiguamente, que eran activadas a la vista del objetivo desde un puesto de observación terrestre. b) Las minas automáticas de contacto, de frecuente utilización en nuestros días y que, a su vez, pueden clasificarse en fijas (artefactos sumergidos a la profundidad deseada y retenidos por amarras que limitan su acción destructiva y movilidad, mientras no colisiona con ellas el buque o rompan sus amarras), flotantes (minas a la deriva o no ancladas que flotan libremente entre dos aguas y explotan al colisionar con cualquier obstáculo o buque que encuentren) y magnéticas (provistas de un dispositivo magnético que provoca la explosión al paso de la masa metálica de un buque, saliendo la mina a la superficie al tiempo que se activa). Hoy en día, cuando se puede hablar de *minas inteligentes* —capaces de ser controladas en todo momento por quien las coloca y de discriminar entre los buques de guerra o mercantes, propios, enemigos o neutrales— esta exposición clásica puede considerarse insuficiente.

Desde el punto de vista de la técnica actual podemos hablar de: a) Minas acústicas, ingenios depositados en el fondo que explotan al recibir las ondas

(86) Documento 75 - A/CN. 10/141 de 8 de mayo de 1990.

(87) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 239 y ss.

sonoras y de presión del buque que navega por sus proximidades. b) Minas de orinque, que constan de un flotador anclado que porta la carga explosiva y cuernos de vidrio que actúan como detonadores o espoleta química de contacto. La amarra u orinque puede regularse para diversas profundidades. c) Minas magnéticas o electromagnéticas, en las que el campo electromagnético del casco del buque produce la detonación del artefacto. d) Minas de fondo con espoleta por microprocesador e influencia electromagnética, acústica o de presión hidrostática (88). También puede hablarse de otros tipos de minas, con las que lanzan un torpedo antisubmarino (Captor), las que se arrastran por los fondos marinos (Rockan) o disparan un cohete contra la quilla del buque (Rocket Vertical Mine), ya tratadas y asimiladas a los torpedos en su tratamiento jurídico. La carga explosiva de las minas submarinas puede ser convencional e incluso nuclear y hoy técnicamente pueden ser colocadas entre los cinco y seiscientos metros de profundidad.

Una clasificación elemental, pero de indudable relevancia jurídica, se basa en el grado de control de quien la deposita. Hay así, minas *dormidas* (o no armadas y, por tanto, inofensivas) y minas activadas (al poner en marcha el dispositivo que, en su caso, producirá la detonación). Dentro de las minas activadas existen las *controladas* (únicas legales según el VIII Convenio de La Haya) e *independientes* o a la deriva, en las que se ha perdido todo posible control pero que conservan su poder destructivo.

VAN HEGELSOM (89) propone una clasificación de las minas según sus usos: a) Minas defensivas, utilizadas para negar al enemigo el acceso al territorio de un beligerante (aguas jurisdiccionales o costeras de la Parte adversa). b) Minas de protección, que se utilizan generalmente para hacer seguras las rutas de los buques propios, negando su utilización a los submarinos o buques de superficie enemigos. c) Minas ofensivas, que se depositan en aguas controladas por el enemigo o en las rutas marítimas vitales para sus comunicaciones.

Las respuestas al cuestionario formulado en el X Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra (1985) dan idea de la relatividad de las denominaciones de las diversas clases de minas submarinas. Se planteó allí la posible aplicación de las disposiciones del VIII Convenio de La Haya (sobre minas submarinas automáticas de contacto) a las modernas minas de presión, magnéticas o acústicas, habida cuenta que la norma convencional se basó —en primer lugar— en motivos humanitarios y solo secundariamente en la protección de los neutrales (90). Las contestaciones de los diversos grupos nacionales fueron favorables (Canadá, Suecia, Alemania y Estados Unidos)

(88) A. DUMAS: *Ejercicios...*, art. cit. pag. 39.

(89) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(90) Revista de D. P. Militar y D. de la Guerra, Tomo XXVI, cit. pags. 120 y ss.

a la aplicación de las normas del VIII Convenio a todos los tipos de minas que han sido desarrollados posteriormente a 1907 o a su adaptación —*mutatis mutandis*— al conjunto de minas submarinas.

La utilización de las minas en la guerra marítima, arma de segundo orden que conserva su actualidad, data de la mitad del siglo pasado, ya que fué empleada —según C. ROUSSEAU (91)— en la Guerra de Secesión americana por los Sudistas, en la guerra hispano-americana y, muy frecuentemente, en la guerra ruso-japonesa (92). Estas experiencias hicieron pronunciarse al Instituto de Derecho Internacional para preconizar su licitud con fines defensivos en las aguas jurisdiccionales de los beligerantes y su prohibición en alta mar por el peligro que suponían para la navegación neutral (93).

El VIII Convenio de La Haya de 1907 reguló el uso de torpedos y de las llamadas minas submarinas automáticas de contacto. Norma convencional actualmente en vigor o integrante —para los países que no lo han ratificado, como España— de la costumbre internacional obligatoria. Posteriormente, también el Manual de Oxford del Derecho de la Guerra Marítima (1913) reguló esta materia en las vísperas de la Primera Guerra Mundial (94).

La práctica de la Primera Gran Guerra se caracterizó por el abuso en la colocación de minas que afectaron gravemente a los neutrales causando cuantiosas pérdidas de buques, mientras que la Segunda Guerra Mundial hizo aparecer técnicas nuevas como las minas magnéticas, acústicas o de presión, con frecuentes violaciones de la norma convencional de La Haya (95).

Para VAN HEGELSOM (96) se pueden estudiar diez supuestos de colocación de minas después de la Segunda Guerra Mundial. Destacan el minado de los puertos y costas de Vietnam del Norte por los Estados Unidos en 1972. Esta colocación de minas, realizada por aviones, fué considerada por C. ROUSSEAU (97) como un ilegal bloqueo por minas. Un segundo ejemplo fué el minado de los puertos de Nicaragua, también por los Estados Unidos, en 1984. Actuación condenada por el Tribunal Internacional de Justicia en su conocida sentencia de 1986 (Nicaragua contra Estados Unidos). El minado de una parte del Mar Rojo en 1984 fué considerado por ARRASSEN (98) como un acto de terrorismo internacional. Son ejemplos más recientes la colocación de minas en el Golfo Pérsico en 1987 y el minado masivo realizado por Iraq en 1990.

(91) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 240.

(92) J.L.DE AZCARRAGA: *Derecho del Mar*, ob. cit. pag. 223.

(93) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 240.

(94) J.L.DE AZCARRAGA: *Derecho del Mar*, ob. cit. pag. 223.

(95) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pags. 241, 242 y 243.

(96) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(97) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 243.

(98) M.ARRASSEN: *Conduit des...*, ob. cit. pag. 168.

Las razones de la pervivencia actual del empleo de minas por todas las marinas del mundo son evidentes. La mina es un arma muy efectiva y relativamente barata. Desde luego el método más simple y económico para impedir las comunicaciones marítimas del enemigo si no se dispone de una apreciable fuerza naval. Por otra parte, no necesita una complicada infraestructura para su colocación que puede hacerse por submarinos, buques de guerra de superficie, buques mercantes o pesqueros de arrastre. Naturalmente la mina es combatida por las grandes potencias marítimas —belligerantes o neutrales en una guerra— que la consideran un arma que no discrimina y, por tanto, debe ser prohibida. Es, por lo contrario, debido a su bajo coste y sencillo emplazamiento la contramedida ideal para los Estados que se enfrentan a una poderosa armada de la Parte adversa.

Como hemos mencionado la norma vigente es el VIII Convenio de La Haya de 1907. Como ha escrito C.ROUSSEAU (99), esta norma convencional se basa en la distinción entre dos categorías técnicas de minas submarinas automáticas de contacto y así: está autorizado el empleo de minas fijas (salvo si se convierten en peligrosas después de romper sus amarras) y prohibido el uso de minas flotantes, a menos que esten construidas de manera que se conviertan en inofensivas una hora después a lo más, desde que cese el control del que las ha colocado. El artículo 3 del Convenio obliga a tomar todas las preocupaciones posibles para asegurar la seguridad de la navegación pacífica (notificación de regiones peligrosas, establecimiento de un servicio de practica, vigilancia de los campos de minas, compromiso de que las minas se vuelvan inofensivas después de un lapso de tiempo).

Este mismo autor recoge la opinión de la doctrina francesa en el sentido que el artículo 2 del VIII Convenio prohíbe el bloqueo por minas, al proibirse su colocación en las costas y puertos del adversario con el solo fin de interceptar la navegación de comercio.

El artículo 4 del Convenio regula la colocación de minas por los neutrales. Advierte AZCARRAGA y BUSTAMANTE (100) que resulta lógico que los neutrales, para defender sus aguas, puedan fondear minas submarinas, con la obligación de comunicarlo para general conocimiento, justificando su colocación por razones de autodefensa o autoprotección.

El Manual de Oxford (1913) en su artículo 20 estableció la norma fundamental consistente en prohibir la colocación de minas en la alta mar.

C. ROUSSEAU (101) ha interpretado que el Tratado de 7 de diciembre de 1970 sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de des-

(99) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 241.

(100) J. L. DE AZCARRAGA: *Derecho del Mar*, ob. cit. pag. 223.

(101) C. ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 243.

trucción masiva en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, comprende implícitamente a las minas. Opinión que es compartida por J. A. REILLY (102).

El artículo 1 del Protocolo II (Prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos) anexo al Convenio de 10 de octubre de 1980 (Naciones Unidas) determina su ámbito de aplicación referido al empleo en tierra de las minas, incluidas las sembradas para impedir el acceso a las playas, el cruce de vías acuáticas o el cruce de ríos. Pero no se aplica al empleo de minas antibuques en el mar o en vías acuáticas interiores.

Un Protocolo sobre minas marinas fué presentado por Suecia en la Comisión de Desarme de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante su sesión de mayo de 1990 (103). La proposición sueca fué presentada por O. BRING y C. G. DYBECK durante la Mesa Redonda de Expertos de Madrid (1988), introducida como documento de trabajo en la Comisión de Desarme de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y perfeccionada en 1990. El documento ha sido comentado, a través de una ponderada crítica, por VAN HEGELSOM (104) en su informe preliminar preparado para la Mesa Redonda de Toulon (1990).

El texto aprobado en Toulon y armonizado en Ottawa (1992) dedica uno de sus apartados a la regulación de las minas como medio de guerra en la mar.

Dos cuestiones básicas presiden la regulación del empleo de las minas submarinas: su carácter de armas indiscriminadas, puesto que al perderse el control sobre las mismas no distinguen entre objetivos militares y objetivos civiles, entre buques de la Parte adversa y navegación neutral; y las áreas donde es lícito colocar minas, limitadas por las necesidades de la navegación neutral y el principio de libertad de los mares. El primer problema afecta a la licitud de los diversos tipos de minas y a su control por parte de quien las deposita. El segundo guarda relación con las regiones o teatro de la guerra o zonas de operaciones navales, con la facultad de los neutrales de minar sus propias aguas y, en definitiva, con el régimen jurídico de los espacios marítimos en tiempo de conflicto armado. El texto de Ottawa recoge un principio general:

Las minas solo podrán utilizarse para fines militares legítimos incluyendo la denegación de áreas marítimas del enemigo.

El primer comentario que suscita este texto es la falta de regulación del minado de sus propias aguas jurisdiccionales (aguas interiores y mar territorial) por

(102) J.A. REILLY: *Derecho de La Haya...*, art. cit. pag. 107.

(103) Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de desarme, Doc. A/CN.10/141, de 8 de mayo de 1990.

(104) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

los Estados que no participan en el conflicto para salvaguardar su neutralidad. Omisión que plantea una grave indefinición en la utilización de esta arma y que fué afrontada en el artículo 4 del VIII Convenio de 1907.

La segunda observación se refiere al carácter lícito del empleo de minas submarinas, siempre que se utilicen contra objetivos militares, debiendo entender por tales *la denegación de áreas marítimas al enemigo*. Ahora bien, posteriores normas del mismo texto se encargan de delimitar las áreas donde es posible la colocación de minas marinas.

Como no podía ser de otra forma, se condiciona el empleo de minas a la determinación de los objetivos militares en la guerra naval pero como una de sus objetivos es la inutilización de espacios marítimos vitales para el enemigo —impidiendo sus comunicaciones por mar— se admite el minado de determinadas áreas con las restricciones establecidas en los apartados siguientes, bien en relación con las características técnicas de los artefactos o con los espacios marítimos donde debe garantizarse la navegación neutral.

En cuando a los requisitos técnicos de las diversas clases de minas, el texto de Ottawa sigue distinguiendo entre minas fijas y flotantes. Respecto de las minas fijas o estacionarias dispone:

Sin perjuicio de las reglas establecidas en el párrafo siguiente, las Partes en el conflicto no deberán depositar minas fijas, a menos que se utilice un mecanismo de neutralización efectivo en cada mina de modo que se asegure que se hará inofensiva cuando se haya desmontado o se pierda de cualquier otro modo el control sobre ella.

Las minas flotantes reciben el siguiente tratamiento:

Está prohibido utilizar minas de flotación libre a menos que:

- a) sean dirigidas contra un objetivo militar y
- b) se hagan inofensivas transcurrida una hora después de la pérdida de control sobre ellas.

No difiere esencialmente esta regulación, salvo en que comprende todo el conjunto de minas contemporáneas, de la contenida en el viejo artículo 1 del VIII Convenio de La Haya de 1907.

Precepto capital es el que, a continuación, propone el texto de Ottawa pues en él se condiciona el empleo de las minas submarinas a la siguiente alternativa: o se notifica la colocación de las minas activadas (o la activación de las precolocadas) o se trata de minas preparadas de tal forma —acaso las *minas inteligentes*— que sólo pueden explotar al paso de buques que sean objetivo militar. El texto armonizado dice:

La colocación de minas activadas o la activación de minas precolocadas deberá notificarse a menos que las minas sólo se puedan explotar por buques que sean objetivos militares.

La vieja norma que obliga al registro de los campos de minas, como precaución elemental para su desactivación y recogida al finalizar el conflicto, se recoge en el mencionado Protocolo II anexo al Convenio de 10 de octubre de 1980 (Minas, armas trampa y otros artefactos) y no podía faltar en el texto de Ottawa: *Las Partes en conflicto deberán registrar los lugares en donde colocaron minas.*

Las normas clásicas sobre la región de guerra o teatro de operaciones navales, sufren algunas restricciones en relación con el minado de los diversos espacios marítimos. En general se consideran regiones de guerra las aguas interiores y mar territorial de los Estados partes en el conflicto y el alta mar, excluidos los espacios marítimos neutralizados. Quedan fuera de la región de guerra las aguas interiores y mar territorial de los Estados neutrales, sin que se pueda extender esta exención a la zona contigua y la zona económica exclusiva. Existen, sin embargo, grandes dificultades para aceptar el minado de zonas de la alta mar así como de las aguas de los estrechos utilizados por la navegación internacional y pasos a través de las aguas interarchipelágicas. Los beligerantes, no obstante, pueden obviar estos problemas proporcionando a la navegación neutral rutas alternativas seguras y adecuadas, con objeto de respetar las libertades reconocidas de la alta mar.

El texto armonizado de Ottawa se refiere, en primer lugar, a la salida libre de buques neutrales de puertos, aguas interiores o mar territorial de un Estado parte en el conflicto, cuyas aguas han sido minada por primera vez:

Las operaciones de colocación de minas en aguas interiores, territoriales o archipelágicas de un Estado beligerante deben proporcionar, cuando se ejecute por primera vez la colocación de minas, la salida libre del tráfico marítimo de Estados que no participen en el conflicto.

La configuración geográfica de la región o teatro de la guerra marítima pueden afectar gravemente a la navegación neutral de la zona, provocando —como consecuencia del minado de aguas intermedias— el colapso de las comunicaciones marítimas internacionales de los Estados limítrofes que no participan en el conflicto. Para evitar estas consecuencias se establece en el texto de Ottawa:

La colocación de minas no deberá tener el efecto práctico de impedir el paso entre el mar territorial o aguas archipelágicas neutrales y aguas internacionales.

El minado de los espacios marítimos es un acto de hostilidad que no puede ejecutarse en las aguas jurisdiccionales (aguas interiores, mar territorial o aguas interarchipelágicas) de los Estados que no participan en el conflicto armado sin violar el deber de abstención, fundamento del estatuto de neutralidad. Este deber obliga a los beligerantes a respetar la inmunidad de sus espacios marítimos de soberanía, en los que no se pueden realizar actos de hostilidad como la colocación de minas submarinas.

Así, el texto de Ottawa dispone:

Está prohibida la colocación de minas en el mar territorial o aguas archipelágicas de Estados que no participen en el conflicto.

Suscita arduos problemas interpretativos la admisión del derecho de los neutrales a minar sus propias aguas jurisdiccionales (aguas interiores y mar territorial), cuando no constituyan una vía de comunicación utilizada por la navegación internacional, para defender su neutralidad e impedir que sean utilizados por algunos de los beligerantes como santuario. Esta acción significaría, no obstante, el desconocimiento del derecho de paso inocente o inocuo por el mar territorial del Estado ribereño neutral.

No menores problemas interpretativos, relacionados con las libertades de la alta mar (libertad de navegación, fundamentalmente) garantizadas en los Convenios de Ginebra de 1958 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Montego Bay, Jamaica), presenta la discutible colocación de minas en zonas de la alta mar. La solución del texto de Ottawa trata de compatibilizar las exigencias de la guerra marítima —es decir, de los beligerantes— y la libertad de navegación de los neutrales, estableciendo rutas alternativas seguras para el tráfico marítimo. Dice así:

Los Estados que realicen la colocación de minas deberán respetar las libertades de la alta mar en todas las zonas en donde dichas libertades sean aplicables y prestar el debido respeto a los usos legítimos de los mares "inter alia" proporcionando rutas alternativas seguras para el tráfico marítimo de los Estados que no participen en el conflicto.

Una de las novedades de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es la consagración, frente al anterior paso inocente o inocuo, del derecho al paso en tránsito por los estrechos utilizados por la navegación internacional o pasos marítimos interarchipelágicos de la misma naturaleza. El régimen jurídico de este paso en tránsito, no aceptado ciertamente por algunos Estados y basado en una norma convencional que aún no ha entrado en vigor, consiste en la posibilidad del sobrevuelo de los estrechos por las aeronaves militares y la navegación de los submarinos en inmersión. Pero lo decisivo del precepto propuesto es la garantía del libre tránsito de la navegación neutral por las vías marítimas de comunicación internacional. El texto armonizado de Ottawa lo regula de la forma siguiente:

El paso en tránsito a través de estrechos internacionales y el paso a través de corredores marítimos archipelágicos no deberán impedirse a menos que se proporcionen rutas alternativas seguras y adecuadas.

Cuestión no resuelta es la relativa a la colocación de minas submarinas en la zona económica exclusiva y plataforma continental de los Estados que no participan en el conflicto. En principio tales zonas pertenecen a la región de

guerra o teatro de operaciones marítimas, pues sólo están excluidas las aguas interiores y mar territorial de los Estados neutrales. Pero no se puede negar que tales Estados poseen derechos soberanos sobre los recursos de tales espacios marítimos, que pueden verse seriamente comprometidos por el minado de la zona económica exclusiva o plataforma. El X Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra planteó la cuestión recibiendo diversidad de respuestas. La representación del grupo de Canadá destacó que ni la zona económica exclusiva ni la plataforma continental son de soberanía del estado ribereño y, por tanto, someter estas zonas a los principios que regulan la neutralidad en tiempo de guerra equivaldría a una apropiación de tales espacios por el Estado costero y a una extensión de su soberanía. Ahora bien, el derecho aplicable en tiempo de guerra debe salvaguardar los intereses del Estado ribereño en lo relativo a la explotación de los recursos en tales zonas de su jurisdicción (zona nacional de recursos). Esta salvaguarda se arbitra a través de la regla de la proporcionalidad (105). El representante del grupo alemán consideró que, no formando parte la zona económica exclusiva ni la plataforma continental del territorio nacional de un Estado, la colocación de minas en tiempo de guerra no puede ser considerada como violación de su neutralidad. El representante del grupo de los Estados Unidos también consideró —citando la autoridad de E. RAUCH (106)— que ni la plataforma continental ni la ZEE están sometidas a la soberanía del Estado costero y que su jurisdicción se limita en esta zona a las actividades encaminadas a los fines de exploración y explotación de los recursos naturales, por lo que no pueden ser sometidos a los principios que regulan la neutralidad. VAN HEGELSOM (107) estima que la colocación de minas en la ZEE de un Estado que no participa en el conflicto no debe afectar necesariamente a los intereses legítimos de tal Estado y si las minas causan daños al Estado costero el beligerante que ha colocado las minas será responsable internacionalmente y deberá reparar los perjuicios causados. Por el contrario, ningún problema plantea a este autor el minado de la zona económica exclusiva del enemigo.

Una vez que ha finalizado el conflicto armado —cese de las hostilidades activas, según la terminología propia del Derecho Internacional Humanitario— nace el deber de los beligerantes de restablecer la seguridad de la navegación cooperando en la retirada o inutilización de las minas depositadas.

A estos efectos el texto armonizado de Ottawa dispone:

Después del cese de las hostilidades activas, las partes deben cooperar con miras a levantar campos de minas o hacerles seguros para el tráfico marítimo.

(105) Revista de D. P. Militar y D. de la G., cit. pag. 122.

(106) Revista de D. P. Militar y D. de la G., cit. pag. 124.

(107) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

Añadiendo:

Después del cese de las hostilidades activas, los beligerantes realizarán los trabajos necesarios para retirar o hacer inofensivas las minas que ellos colocaron. Los Estados beligerantes deberán prestar su colaboración con esta finalidad.

03.03. proyectiles misilísticos

VAN HEGELSOM (108) estudia los misiles entre las armas de larga distancia —en unión de los torpedos— que presentan dos problemas fundamentales: el que surge de la fase de identificación del blanco (que debe ser un objetivo militar), debido al escaso tiempo de decisión de que se suele disponer para evaluar los datos suministrados por los sistemas de información; y el que puede derivarse de la posible desviación del proyectil al errar el blanco, pudiendo afectar a otros buques u objetos civiles que no constituyen objetivo militar e incluso se trate de buques, aeronaves u objetos especialmente protegidos por el Derecho Internacional humanitario.

Es de resaltar que los misiles son armas completamente nuevas, que no pudieron ser previstas en las normas convencionales de La Haya para prohibirlos, retringir su actuación o regularlos. Naturalmente son de aplicación tanto las prohibiciones de carácter general sobre algunos tipos de armas —armas bioquímicas o incendiarias, por ejemplo— como las precauciones generales antes de lanzar un ataque en cuanto resulten aplicables a la guerra naval.

Nos ilustra RONZITTI (109) sobre la importancia del empleo de los misiles convencionales disparados desde buques o aviones en el combate naval. Este autor hace referencia al hundimiento del destructor de Israel *Eliat* por un misil egipcio en la guerra de los seis días (1967), la utilización de misiles en la guerra indo-paquistaní (1971), en el Oriente Medio (octubre de 1973), durante la batalla de Paracels (enero de 1974), en el conflicto de las Islas Malvinas (1982), conflicto Iran-Iraq y conflicto del Golfo Pérsico (1990-1991). Se constata también el progreso constante de las características técnicas de estas armas, lo que dificulta su regulación ante su diversidad y actual evolución.

Conviene a los misiles navales la definición conocida de VAN HEGELSOM (110) sobre armas navales de largo alcance: *Cualquier artefacto explosivo que se propulse solo, lanzado por cualquier medio desde tierra, superficie o profundidad del mar o aire con el fin de dañar o hundir buques o aviones en el*

(108) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(109) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob. cit. pags. 37 y 38.

(110) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

mar. Para este autor la diferencia entre la artillería naval costera y los misiles navales es la propulsión autónoma de estos últimos.

RONZITTI (111), después de excluir los misiles balísticos cuyo propósito es atacar objetivos en tierra, divide los misiles tácticos que se usan en operaciones navales, en dos grandes categorías: a) Los que solo poseen la capacidad de dar en el blanco dentro del horizonte o alcance del radar; b) los que tienen la capacidad de batir un objetivo más allá del horizonte o del alcance del radar.

La distancia recorrida por el misil es sin duda importante para su precisión y por la capacidad autónoma o no de búsqueda y selección de los objetivos militares. Por ello se utilizan (112) las denominaciones de armas que *superan el alcance visual* (BVR) o que están *por encima del horizonte* (OTH), siendo de destacar que en la mar —a causa de la curvatura de la tierra— estas medidas especiales dependen de la altura real de la observación.

Ahora bien, como afirma RONZITTI (113), mientras que los misiles guiados por el sistema de radar pueden seleccionar el objetivo correcto y alcanzarlo con la adecuada precisión, los misiles con capacidad para batir los blancos más allá del horizonte o alcance del radar tienen una capacidad autónoma para buscar sus objetivos y suelen guiarse por una fuente de calor, lo que puede significar el error en la identificación del blanco o el fallo en la selección del objetivo apropiado.

Particularmente ha planteado problemas el llamado (114) Misil RIM 116A Rolling Airframe, que localiza e identifica los blancos después de ser lanzado, aunque parece que los usos previstos para este misil (sistema de defensa ante ataques masivos) reducirían los peligros para los buques, aeronaves u objetivos civiles, aliados o neutrales. La misma polémica sobre el mayor o menor grado de discriminación de objetivos se produjo en relación con la legalidad de los misiles de crucero lanzados desde submarinos, aunque también las dudas recibieron —al parecer— una adecuada respuesta (115).

No cabe duda que este tipo de misiles navales de crucero no está prohibido en si mismo, pero es necesario que cumplan las normas generales del Derecho de los conflictos armados y particularmente sean capaces de discriminar entre objetivos militares y objetos civiles en la guerra naval para satisfacer el principio de distinción (norma fundamental). Esta discriminación es relativamen-

(111) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob. cit. pag. 38.

(112) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(113) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob. cit. pags. 38 y 39.

(114) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(115) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

te fácil de garantizar en el caso de los misiles navales guiados por radar y con alcance dentro del horizonte, pero suscita grandes dudas en los misiles de crucero lanzados más allá del horizonte. En estos casos el error es posible por la incapacidad de distinguir entre los diversos tipos de blancos —legítimos o ilegítimos— con probabilidad de equivocarse si el objetivo militar está aislado en la mar.

Debemos citar aquí la conocida norma contenida en *The Comander's Handbook on the Law of Naval Operations* (apartado 9.7), publicación de las Fuerzas Navales de los Estados Unidos de América, que establece: *Los misiles y proyectiles dependientes de los sistemas de guía sobre el horizonte o más allá del alcance visual son legales, a condición de que estén provistos de sensores o sean utilizados en conjunción con las fuentes exteriores de datos sobre blancos, que sean suficientes para asegurar una discriminación efectiva del blanco.*

Es evidente que este tipo de misiles de crucero solo pueden ser utilizados contra objetivos militares, por lo que no ofrece dudas la legalidad de un ataque contra un buque de guerra enemigo o contra una formación de buques mercantes navegando en convoy, escoltados por buques militares de la parte adversa e incluso sería lícito el ataque a un buque mercante enemigo que lleva un cargamento de bienes necesarios para el esfuerzo de guerra de la parte adversa o a un buque mercante neutral comprometido en tal tráfico, que le convierte en objetivo militar de la guerra naval. Ahora bien, en relación con los ataques a estos buques mercantes enemigos o neutrales, RONZITTI (116) expresa sus dudas de que tales misiles puedan discriminar los blancos —que constituyen o no objetivo militar— con un margen adecuado de seguridad que garantice la inmunidad de la navegación neutral, llegando a diferenciar los tipos de buques, su nacionalidad y la índole de su cargamento. Ilustra su preocupación con la cita del ataque a la fragata estadounidense *Stark*, alcanzada por un misil iraquí (18 de mayo de 1987), lanzado por error al ser confundida con un petrolero iraní.

Para este autor una posible solución para evitar los efectos de falta de discriminación e identificación de blancos por los misiles navales de tipo crucero, sería el establecimiento de restricciones a la navegación en las llamadas zonas de guerra, zonas de seguridad o zonas de exclusión total (Conflicto de las Islas Malvinas). Sin embargo, debe reconocer que —en estos supuestos, de dudosa aceptación por el Derecho internacional— la utilización legítima de los misiles se haría depender de la legalidad de la decisión de imponer tales zonas en los espacios marítimos.

(116) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob, cit. pags. 38 y 39.

El error en la identificación de los blancos, propiciado por el tiempo escaso para adoptar la decisión de disparar los misiles contra un hipotético enemigo, es otro de los problemas que distan mucho de estar solucionados. Como lo demostró el trágico error sufrido por el buque de guerra USA *Vicennes* cuando derribó un airbus iraní (vuelo 655 del Air Iran) de pasajeros. Con independencia del perfeccionamiento de los sistemas de detección e información de blancos, se debe profundizar sobre el mejoramiento de las señales identificativas de buques y aeronaves protegidas en caso de conflicto armado.

El sistema de contramedidas de defensa antimisil de los buques de guerra implica que no es aventurado suponer que el artefacto pueda dañar un objeto distinto del blanco previsto. Tales acciones posiblemente quedarían cubiertas, desde el punto de vista jurídico, por la aplicación del estado de necesidad.

Insiste VAN HEGELSOM (117) en que, a pesar de los puntos débiles de la utilización de los misiles y de su dependencia de los sistemas de información sobre blancos se trata de armas con un gran poder de discriminación que satisface las exigencias del principio de distinción entre bienes civiles y objetivos militares. Añadiendo que no parece una opción muy realista propiciar la instalación de un mecanismo de autodestrucción para hacerlos inofensivos si no alcanzan el objetivo asignado. Ni tampoco parece posible que, una vez lanzados, el Comandante pueda corregir una decisión potencialmente equivocada ante la información adicional recibida posteriormente (118).

En todo caso, hay que concluir con RONZITTI sobre la necesidad de elaborar un conjunto de reglas específicas con el fin de establecer un sistema seguro de identificación de objetivos y las medidas de precaución que deben observarse antes de lanzar un misil de larga distancia (con capacidad de alcanzar un blanco más allá del horizonte), codificándolas en las oportunas normas convencionales.

IX Convenio de la Haya de 1907, sobre Bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de Guerra: Adaptación y Modernización.

El bombardeo naval, medio no obsoleto de hostilizar, está regulado en la actualidad por el IX Convenio de La Haya de 1907. Norma criticada por C. ROUSSEAU (119) que la considera simple extensión a la guerra marítima de las reglas propias de la guerra terrestre y técnicamente rechazable por la rela-

(117) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(118) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(119) C.ROUSSEAU: *Le Droit des...*, ob. cit. pag. 238.

tividad del concepto de *ciudad no defendida*. Entiende este autor que un puerto *no defendido*, lo puede estar en unas horas por la entrada de una escuadra o la colocación de una barrera de minas, proponiendo que la licitud del bombardeo naval se haga depender de la existencia o no de objetivos militares en la ciudad costera o sus inmediaciones.

Habría que remontarse a las características de la guerra naval decimonónica para entender estos preceptos, basados en la idea de que las ciudades del interior (en la guerra terrestre) se ocupan, mientras que los puertos o ciudades costeras se destruyen o bombardean, en una acción clásica de la guerra naval que no comporta la ocupación.

Como escribe FERNANDEZ-FLORES (120) el principio general del IX Convenio de 1907 es la prohibición de bombardear puertos o ciudades no defendidas. Localidades que no pierden tal carácter por el hecho de que delante del puerto sean colocadas minas submarinas automáticas de contacto (artículo 1, párrafo segundo), ni por el hecho de negarse a pagar contribuciones en dinero (artículo 4).

Sin embargo existen dos excepcionales a la inmunidad de las ciudades portuarias no defendidas. Pueden ser bombardeadas las obras militares, los establecimientos militares o navales, depósitos de armas de material de guerra, talleres o instalaciones aptos para ser utilizados para las necesidades de la flota o del ejército enemigo y los buques de guerra que se hallen en el puerto (artículo 1). Hay que entender pues que no se permite la destrucción de los buques mercantes que se encuentren en un puerto no defendido, aunque la regla podría admitir matizaciones respecto de los buques de comercio enemigos, una vez concedido un plazo para poner a salvo su tripulación o pasaje y la documentación de a bordo.

El segundo supuesto en que está permitido el bombardeo de una ciudad no defendida se contempla en el artículo 3 del IX Convenio y se refiere a los casos en que las autoridades locales rehusan acceder a la petición de víveres o de aprovisionamiento precisos para las necesidades presentes de la fuerza naval que se encuentre frente a la localidad. Norma de rancio abolengo colonial, que parece dictada por las grandes potencias marítimas del momento, de dudosísima vigencia, pues ya el Manual de Oxford de la Guerra Marítima (1913) prohibía expresamente esta acción en su artículo 27.

En el artículo 5 del IX Convenio se impone al comandante la adopción de todas las medidas necesarias para respetar, en cuanto sea posible *los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los monu-*

(120) J. L. FERNANDEZ-FLORES: *Del Derecho...*, ob. cit., pag. 361.

mentos históricos, los hospitales y los lugares de reunión de enfermos y heridos, a condición de que no estén empleados al mismo tiempo para un fin militar.

Estas medidas precautorias, previas al ataque o bombardeo consisten: en la previa destrucción de los objetivos militares por las autoridades locales en el plazo señalado para evitar el bombardeo, en la necesidad de que el ataque sea precedido de una advertencia a las autoridades de la ciudad no defendida, si las necesidades militares lo hacen posible, en la adopción por el comandante de todas las medidas posibles para que resulte el menor daño posible, en la prohibición de entregar al pillaje a una población o localidad aunque haya sido tomado por asalto y al deber de los habitantes de señalar los edificios y lugares exentos del bombardeo por signos visibles (grandes lienzos rectangulares tiesos, divididos por diagonal en dos triángulos, de color negro el de arriba y blanco el de abajo).

Ahora bien, expuestas las normas de este IX Convenio de 1907, debemos preguntarnos por la influencia que puede tener sobre preceptos la regulación contenida en el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Advierte RONZITTI (121) que las previsiones de la Sección I del Título IV del Protocolo (Protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) son aplicables a cualquier operación de guerra en el mar que pueda afectar en tierra a la población civil, personas u objetos civiles y a todos los ataques desde el mar o aire contra objetivos en tierra. Y, con independencia de las posturas interpretativas seguidas al respecto del verdadero sentido de la exclusión establecida en el artículo 49.3 del aludido Protocolo, es evidente que quedan afectadas las reglas establecidas en el IX Convenio de La Haya de 1907. Estima este autor que tales normas (relativas al bombardeo naval en tiempo de guerra) han quedado obsoletas y han sido sustituidas por las contenidas en el Protocolo I, al haberse producido la unificación de las normas sobre bombardeos terrestres y marítimos, hecho sin precedentes en la historia del Derecho de la guerra.

En el mismo sentido, VAN HEGELSOM (122) advierte que las reglas del Protocolo I de 1977 y otras normas tales como la Convención de La Haya de 1954 (para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado) han englobado las obligaciones derivadas del IX Convenio de La Haya de 1907.

Así pues, las normas del referido Protocolo han modificado, como no podía ser menos, los viejos preceptos de 1907 y buena parte de las facultades del mando militar en el bombardeo de ciudades portuarias o costeras no defendidas. En consecuencia son aplicables al bombardeo naval: el principio de distinción

(121) N. RONZITTI: *El Derecho del combate...*, ob. cit. pags. 42 y 43.

(122) VAN HEGELSOM: *Métodos y medios...*, ob. cit.

(norma fundamental), la definición de los ataques, la prohibición de los ataques indiscriminados (artículo 51), la protección de los bienes de carácter civil (artículo 52 a 56), las precauciones en el ataque (artículo 57) y contra los efectos de los ataques (artículo 58), la prohibición de bombardeo de ciudades no defendidas (artículo 59) con derogación de las excepciones contenidas en el IX Convenio de 1907 y, en general, todos los preceptos del repetido Protocolo I de 1977, así como los contenidos en el Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de bienes culturales (por imperativo, además, del artículo 53 del referido Protocolo).

**LA REFORMA DE LA LEGISLACION PENAL MILITAR
EN ITALIA
(EL ANTEPROYECTO DE LA ASOCIACION NACIONAL
DE MAGISTRADOS MILITARES)**

Antonio Millán-Garrido
*Comandante Auditor
Catedrático de la Universidad de Cádiz*

Los vigentes Códigos penales militares italianos fueron promulgados por Real Decreto núm. 76/1941, de 20 de febrero, y entraron en vigor el 1º de octubre. Se trata, pues, de una normativa preconstitucional, que, además, aparece condicionada por las especiales circunstancias —bélicas— concurrentes en su elaboración.

De hecho, con la normalización políticosocial, el sistema jurídicomilitar —tanto penal como, especialmente, orgánico-procesal— comienza a ser cuestionado desde diversos sectores. Incluso, la Asamblea constituyente se planteó, en un primer momento, la supresión de la jurisdicción militar en tiempo de paz, aunque, al final, la mantuviese, con limitada competencia, esto es, reducida a los delitos militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas (art. 103). En el orden estructural, la Constitución exigía que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, se procediese a la reforma integral de la organización judicial castrense (Disposición transitoria sexta).

No obstante, si bien a partir de 1948 se sucedieron los proyectos de reforma, ninguno de ellos llegó siquiera a ser debatido, manteniéndose así una situación normativa abiertamente inconstitucional, con lo que, durante años, los órganos judiciales militares fueron sometidos a constantes excepciones de ilegitimidad.

La reforma no llegaría sino después de tres décadas, en las que, según se ha denunciado, los sucesivos gobiernos italianos defendieron celosamente la estructura de la jurisdicción militar y su extensa competencia. Y se produciría

a impulso de la segunda de las peticiones de referéndum formuladas por el partido radical.

La primera solicitud de referéndum, presentada en 1977 con 700.000 firmas y que postulaba la derogación del Código penal militar, con supresión de toda la organización judicial militar, fue declarada inadmisibile por la Corte suprema, al considerar que la previsión constitucional de la jurisdicción militar no permitía su supresión si no era mediante reforma de la propia Constitución.

En 1979 se formula una nueva solicitud de referéndum que, esta vez, propugna, no ya la supresión de la jurisdicción militar, sino su tecnificación, eliminandose la presencia —o, al menos, la supremacía— en los Tribunales Militares de Vocales no magistrados.

Declarado admisible el referéndum, el 10 de febrero de 1981, por la Corte Constitucional, el Gobierno —a fin de evitar una consulta de consecuencias imprevisibles— hace suyo un anteproyecto preparado por la Fiscalía General Militar, en el que se contienen las bases de la reforma: presidencia técnica, juicio de apelación, independencia de los magistrados militares. El texto es remitido apresuradamente a la Cámara de los Diputados, que lo aprueba el 30 de abril. Ratificado una semana más tarde en el Senado, el proyecto se publica como Ley núm. 180/1981, de 7 de mayo, entrando en vigor el día 9. De esta forma el Gobierno lograba la revocación del referéndum previsto para el 17 de mayo (1).

La Ley de 7 de mayo de 1981 supuso, sin duda, una reforma integral de la jurisdicción militar italiana, tendente a acomodarla a los principios constitucionales. Entre otras novedades, cabe destacar la tecnificación en el ejercicio de la función jurisdiccional, la supresión de toda dependencia jerárquica de los jueces militares no magistrados respecto al presidente, la desvinculación del control sobre los jueces del Procurador militar de la República, la institución de la apelación o la supresión del Tribunal Supremo Militar, atribuyéndose la competencia para conocer de los recursos de tercer grado al Tribunal de Casación (2).

En el ámbito orgánico-procesal, debe hacerse, asimismo, referencia a la Ley 561/1988, de 30 de diciembre, por la que se instituye el Consejo de la

(1) Cfr. V. Veuro, *El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia*, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40 (1982), pp. 20-22.

(2) Cfr. *Ley italiana de 7 de mayo de 1981, número 180. Modificaciones al ordenamiento judicial militar en tiempo de paz*, trad. de J. Gómez Calero, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 44-50 (1987), pp. 165-170. Vid., asimismo, R. Venditti, *Novedades de la reforma de 180 en la organización de la Justicia militar y en la estructura del proceso penal militar*, trad. de J.F. Higuera Guimerá, en *Revista General de Derecho*, núm. 504 (1986), pp. 3997-3999.

Magistratura militar, así como a la entrada en vigor del nuevo Código de procedimiento penal, que, en general, se considera aplicable a la jurisdicción militar.

Con tales reformas, se ha puesto fin, en suma, a una situación normativa formalmente inconstitucional y materialmente insatisfactoria, diseñándose un sistema que, como en otros Ordenamientos de nuestro contexto sociocultural, trata de encontrar un ponderado equilibrio entre el principio de unidad del poder judicial y el mantenimiento de una jurisdicción militar limitada al ámbito estrictamente castrense.

Esta valoración positiva —generalizada en la doctrina— no obsta, sin embargo, al reconocimiento de las deficiencias persistentes. Entre ellas, cabe destacar la limitación de la reforma a la legislación de paz. En caso de guerra, «reaparecerían» los antiguos Tribunales militares territoriales, los Tribunales militares de a bordo, el desaparecido Tribunal Supremo Militar y todo un sistema normativo de muy dudosa constitucionalidad.

* * * * *

A diferencia del sistema normativo orgánico-procesal, la legislación penal militar italiana permanece prácticamente inalterada desde su promulgación, pese a los diversos proyectos de reforma remitidos a la Cámara de los Diputados. Sólo la Ley núm. 772/1972, de 15 de diciembre, reconociendo el derecho de objeción de conciencia (3) y la Ley 689/1985, de 26 de noviembre, en materia de insubordinación y abuso de autoridad (4), así como algunos pronunciamientos de la Corte constitucional, han afectado al contenido sustancial originario de las leyes penales militares, que, lógicamente, responden a las necesidades, planteamientos y bases ideológicas de los años en que fueron elaboradas.

De aquí la perentoria necesidad de una reforma integral que adapte definitivamente, en su totalidad, la legislación penal militar a los principios constitucionales. Tal necesidad se ha puesto particularmente de manifiesto, durante el curso de las más recientes vicisitudes bélicas en las que se ha visto implicada Italia, cuando el temor a la vigencia del Código penal militar de guerra ha indu-

(3) El texto de esta Ley 772/1972, de 15 de diciembre, reformada por Ley 695/1974, de 24 de diciembre, traducido por M. Darana Peláez, está publicado en *Documentación Parlamentaria*, núm. 13 (1983), pp. 155-161. Vid., asimismo, R. Venditti, *Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar*, trad. de A. Millán Garrido, en *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), pp. 931-945.

(4) Cfr. *Ley italiana 689/1985, de 26 de noviembre, por la que se modifica el Código penal militar para tiempo de paz*, trad. de A. Millán Garrido, en *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), pp. 2493-2496, y *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 51 (1988), p. 177-180.

cido al propio Gobierno, en evitación de situaciones problemáticas, a disponer, por decreto, en dos ocasiones, la inaplicabilidad de dicho texto legal (5).

* * * * *

Pues bien, en esta situación normativa y sobre las bases aportadas por una doctrina especialmente preocupada por los temas jurídico-militares, han venido desarrollando trabajos, de distinto alcance y contenido, tanto el Grupo italiano de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra como la Asociación de Magistrados Militares.

Y ha sido esta Asociación la que, en su III Congreso Nacional, ha aprobado un completo y sugestivo anteproyecto de reforma de la legislación penal (sustantiva, orgánica y procesal) militar, elaborado por un cualificado grupo de estudio constituido dentro de la propia Asociación.

Dado el intrínseco interés de esta propuesta, he creído oportuno dar cuenta sucinta de su contenido, con inserción en castellano del texto íntegro de un anteproyecto que, al margen de su futuro inmediato, constituirá, a buen seguro, inevitable punto de referencia en el proceso de reforma del Derecho penal militar italiano.

Consta el anteproyecto de sólo 70 artículos, lo que es consecuencia del principio de complementariedad. El texto propuesto, a diferencia de los Códigos vigentes, sustancialmente integrales, se limita, de acuerdo con la reconocida especialidad de la ley penal militar, a consignar sus particularismos, con referencia en lo demás, a la legislación común.

La especialidad —y consiguiente complementariedad— constituye en el anteproyecto, conforme al criterio doctrinal más autorizado, principio fundamental. Y ello, según el preámbulo del texto, *tanto como instrumento técnico (a fin de evitar normas supérfluas, repetitivas de disposiciones comunes: en este sentido, la remisión a la ley penal común es utilizada incluso para la definición del delito militar) como base sustancial (al considerarse que la derogación de los principios penales sólo puede establecerse por motivos específicos que la fundamenten y no por una simple y acrítica consideración tradicional de la especificidad del Derecho penal militar).*

El anteproyecto lo integran cinco títulos, que llevan por rúbricas: *Disposiciones generales, Delitos contra el servicio y la disciplina militar, Disposiciones procesales, Modificaciones en la legislación de guerra y Disposiciones finales y transitorias.* De su contenido nos ocupamos muy brevemente a continuación.

(5) Cfr. C. F. Grosso, *Riforma della parte sostanziale dei codici militari*, en *Rassegna della Giustizia Militare*, t. XVII, vol. 3-4 (1991), p. 147.

Las *disposiciones generales* (arts. 1 a 13) comienzan con la definición del delito militar, que se considera necesaria tanto para determinar la competencia de la jurisdicción militar, como para significar, en un plano sustancial, los delitos militares, esto es, aquéllos que tutelan específicos intereses castrenses. La técnica de remisión que utiliza el precepto hace innecesaria la continua repetición de normas comunes, con una doble ventaja, según sus redactores: «asegurar la recepción de las modificaciones introducidas en la ley penal común y evitar el desfase e irracionalidad del sistema vigente, en el que la distinción entre delitos comunes y militares se establece de una manera totalmente arbitraria».

Como ha puesto de manifiesto Rodríguez-Villasante, en la primera referencia doctrinal española al anteproyecto, *desde el punto del Derecho penal y procesal militar, sólo caben dos soluciones: la determinación de la competencia de la jurisdicción militar —particularmente en tiempos de paz o normalidad— completando el criterio de la atribución por razón del delito militar con otros como el lugar (militar) de perpetración, la persona responsable (miembro de las Fuerzas Armadas), la afección al servicio o una combinación de las anteriores (como hizo la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar); o, al modo del proyecto italiano que comentamos, la elaboración de una definición del delito militar en cuya noción se incluya —además de las infracciones previstas en el Código o Ley penal militar— aquellos otros delitos tipificados en las leyes penales comunes que, por sus circunstancias de lugar, persona o afección al servicio, pueden ser considerados como ilícitos penales castrenses. Y ello porque algunas de estas circunstancias o una combinación de ellas —como la condición militar del sujeto activo unida a la afección al servicio, tal cualidad subjetiva unida o sumada a la comisión en lugar militar o incluso la producción de un daño para el servicio en lugar militar— pueden considerarse suficientes para que un tipo común se cualifique como delito militar por afectar a intereses esencialmente castrenses*. Rodríguez-Villasante se inclina por esta segunda posibilidad técnico-legislativa, que es la asumida por el anteproyecto y de la cual deriva, según el citado autor, un adecuado tratamiento para figuras como el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o los delitos contra la Defensa nacional, evitando, asimismo, relaciones de alterнатividad normativa, frecuentes en otros Ordenamientos (6).

Exigencia del propio sistema es la definición de miembro de las Fuerzas Armadas (art. 2º), que viene rigurosamente condicionada por la actividad en el servicio, conforme a la doctrina establecida por la Corte constitucional italiana, especialmente en su Sentencia 556/1989, de 12 de diciembre, así como los conceptos de lugar militar, buque o aeronave militares y servicio específico (art. 4º).

(6) Vid. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Recensión a la *Rassegna della Giustizia Militare*, T. XVII, vol. 3-4, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 59-60 (1992), pp. 628-636.

El artículo 3° se refiere a los delitos militares perpetrados en territorio extranjero, y el artículo 5° al delito cometido en cumplimiento de órdenes.

Los artículos 6°, 7° y 8° reproducen los artículos 41, 44 y 45 del Código penal militar de paz, considerándose que las causas de justificación de uso legítimo de las armas o de necesidad militar deben estar específicamente reguladas, no siendo suficientes los artículos 53 y 54 del Código penal. En particular, aunque no quepan dudas a los autores del anteproyecto respecto a la necesidad de derogar el artículo 241 del Código penal militar de guerra (coerción directa), que atribuye al mando militar la facultad de pasar por las armas en el acto a los militares manifestamente culpables de ciertos delitos, consideran, sin embargo, indispensable que se atribuyan al militar medios de intervención, adecuados y proporcionados a la situación de riesgo, cuando se trata de garantizar la seguridad del puesto, buque o aeronave.

Con respecto a las circunstancias agravantes (art. 9°), se introducen dos novedades: la supresión de la circunstancia de haber actuado por miedo a un peligro, que el sujeto tenga el deber de afrontar, y la incorporación de la circunstancia de haber asumido voluntariamente la obligación de prestar el servicio militar. Entre las atenuantes (art. 10), se han suprimido las circunstancias de *haber cometido el hecho como consecuencia de actos impropios de otros militares* o la de ser el sujeto un *militar de óptimo comportamiento o probado valor*, las cuales *comportaban una discrecionalidad para el juez militar en la graduación de la pena, con respecto al hecho en si y la personalidad del autor, que no se ha considerado asumible*.

En materia de penas, el anteproyecto sólo contiene tres preceptos, dedicados a la reclusión militar (art. 11), a las sanciones sustitutivas de las penas privativas de libertad y medidas alternativas a la detención (art. 12) y a la inhabilitación para cargos públicos (art. 13). Cabe, al respecto, destacar cómo se ha optado por conservar una pena privativa de libertad *específica*, que se cumple en establecimientos penitenciarios militares (denominándose *reclusión militar*), aunque se equipare en sus efectos a la reclusión (común).

Todas las restantes normas de parte general del Código penal militar de paz deben ser derogadas. Entre ellas, *las normas sobre el error y la ignorancia en las obligaciones militares, legítima defensa, exceso culposo, tentativa, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concurso de delitos, reincidencia, participación, aplicación y ejecución de la pena, extinción del delito y la pena militar, y medidas de seguridad* (7).

(7) Cfr. C. F. Grosso, «*Riforma della parte sostanziale dei codici militari*», cit., p. 153.

El título II (*Delitos contra el servicio y la disciplina militar*) reúne, en solo treinta y tres preceptos (arts. 14 a 46), los delitos específicamente militares, esto es, aquellos cuya tipificación se justifica en la necesaria tutela de los particulares intereses de la institución militar. Estos intereses o bienes jurídicos protegidos —el servicio y la disciplina— han sido objeto de conjunta consideración, por entenderse, en contra de la doctrina tradicional —y, desde luego, mayoritaria—, que carece de fundamento la tutela de la disciplina con independencia del servicio militar.

Dividido este título en seis capítulos, el primero de ellos (arts. 14 a 18), tipifica, como *delitos contra el deber de prestar el servicio militar*, una serie de conductas que atentan al servicio militar entendido en un sentido genérico, como obligación, legal o voluntariamente asumida, de presencia en filas. Estas conductas son la negativa a prestar el servicio militar (art. 14), falta de incorporación a filas (art. 15), desertión (art. 16) y sustracción fraudulenta a la obligación de prestar el servicio militar (art. 18).

En el capítulo II, como *delitos contra los deberes especiales del servicio militar* (arts. 19 a 24), se recogen diversos tipos ahora dispersos en el Código penal militar de paz. El criterio unificador deriva de contraponer, a las conductas que comportan la ausencia de las Fuerzas Armadas, las infracciones de deberes inherentes a la propia prestación del servicio. Y en este sentido, la desobediencia (tradicionalmente, un delito contra la disciplina) ofrece la misma connotación sustancial que la interrupción de un servicio específico (tradicionalmente incluido dentro de los delitos contra el servicio).

Incluye este capítulo la regulación de la desobediencia y la negativa a asumir un servicio específico (art. 19), desobediencia a intimaciones de militar en servicio (art. 20), falta de presentación a la partida de la unidad, buque o aeronave (art. 21), interrupción de un servicio específico (art. 22), sustracción fraudulenta al mismo (art. 23) y menoscabo de la capacidad para prestarlo (art. 24).

El capítulo III (arts. 25 a 29) trata de los *delitos contra los deberes del mando* y en él se reproducen, con las oportunas modificaciones, tipos contenidos en el Código penal militar de paz. Es el caso de la pérdida culpable de buque, aeronave o infraestructura militar (art. 25), infracción de deberes inherentes al ejercicio del mando (art. 26), infracción de normas cautelares (art. 27), movimiento arbitrario de fuerzas militares (art. 28) y abandono del mando (art. 29).

El capítulo IV (arts. 30 a 37) agrupa, como *delitos especiales contra la persona*, una serie de tipos penales, dispersos en la legislación vigente, en los que la agresión personal es elemento determinante de la naturaleza conferida, con independencia de los intereses militares concurrentes, que, asimismo e inevitablemente, resultan lesionados.

Integran el capítulo la violencia en el servicio (art. 30), amenaza (art. 31), agravantes específicas (art. 32), injuria (art. 33), maltratos (art. 34), prevaricación (art. 35), abuso de autoridad (art. 36) y abuso de prestaciones de obra (art. 37).

En el capítulo V (arts. 38 a 43) se incluyen, como *delitos especiales contra el orden público*, cuantos tipos penales se han considerado imprescindibles para el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y, con ella, el normal desempeño de las funciones atribuidas a la institución militar. Se suprime el delito de rebelión, así como el de petición, manifestación o reclamación colectivas. Respecto a las restantes infracciones, tomadas del Código vigente, se destaca cómo, si bien tales tipos fueron introducidos por el legislador de 1941 para lograr una tutela incondicionada del principio de autoridad que inspiraba el régimen entonces en el poder, ahora presentan una configuración normativa radicalmente diversa. Así, delitos como el de sedición no se fundamentan en la pretensión de limitar el ejercicio de los derechos y libertades del militar, sino, antes al contrario, de garantizar la fidelidad de las Fuerzas Armadas y de cada uno de sus integrantes a la República y a los valores constitucionales.

Los concretos tipos penales incluidos son los de amotinamiento (art. 38), conspiración para cometer delitos militares (art. 39), instigación (art. 40), omisión del deber de impedir delitos militares (art. 41), omisión de denuncia (art. 42) y sedición (art. 43).

El capítulo VI y último del título (arts. 44 a 46) es también el más restrictivo del ámbito jurídicopenal castrense, al considerar, como *delitos contra bienes de interés militar*, únicamente tres tipos: el daño culposo de elementos militares (art. 44), el daño de armas o elementos del armamento militar (art. 45) y su apropiación o sustracción (art. 46).

* * * * *

El título III (arts. 47 a 54) contiene algunas *disposiciones procesales* que se insertan en el marco orgánico-procedimental al que se ha hecho referencia (8).

El nuevo Código de procedimiento penal, en vigor desde el 24 de octubre de 1988, viene siendo aplicado, como se ha dicho, al procedimiento penal militar: según la opinión doctrinal mayoritaria, refrendada por la Corte constitucional, es incuestionable que el inculpado debe gozar de las mismas garan-

(8) Vid., especialmente, G. Riccio, *Premesse metodologiche e linee d'indirizzo per l'applicazione e la riforma della legge processuale penale militare*, en *Rassegna della Giustizia Militare*, t. XVII, vol. 3-4 (1991), pp. 163-183.

tías procesales en el procedimiento común y en el militar. Con lo que han quedado derogados los principios que originariamente caracterizaban el proceso castrense: inexistencia de apelación, obligación del inculpado de comparecer ante el juez, posibilidad de defensa por oficiales no letrados, inaplicabilidad de la norma sobre suspensión de los plazos en días inhábiles, previsión indiscriminada de medidas coercitivas para todo delito militar, entre otros.

A pesar de ello, parece oportuno incluir algunas disposiciones —y es lo que hace el anteproyecto—, bien para eliminar toda controversia sobre la vigencia de algunas normas especiales del Código de paz (por ejemplo, la que prohíbe la acción civil), bien para satisfacer algunas exigencias particulares, cuya especial trascendencia no puede desconocerse.

En síntesis, estas disposiciones establecen las fuentes y límites de la jurisdicción militar (art. 47), la competencia en delitos cometidos durante la navegación o en el extranjero (art. 48), y determinadas incompatibilidades que protegen la exigencia de imparcialidad de los oficiales que entran a formar parte de los tribunales militares o de la Corte militar de apelación (art. 49).

Los artículos 50 y 51 reproducen disposiciones del Código de paz que se consideran imprescindibles desde una perspectiva práctica a causa del reducido número de tribunales militares y, consiguientemente, de su extenso ámbito territorial de competencia.

El artículo 52 encuentra fundamento en la necesidad de que el mando tenga conocimiento de las actividades que se desarrollan en las instalaciones a su cargo. El artículo 53 contempla particulares supuestos que pueden requerir la intervención cautelar de la policía judicial.

El artículo 54, por último, atribuye las funciones de policía judicial a los mandos de cuerpo, destacamento o puesto, a la vez que instituye secciones especializadas de la policía judicial en todas las fiscalías militares de la República.

* * * * *

En el título IV (arts. 55 a 66) se incluyen específicas *modificaciones a la legislación de guerra*, posponiéndose la compleja tarea que comporta su reforma integral.

La legislación italiana de guerra —como nos recuerdan los autores del anteproyecto— no constituye simplemente un sector, aun importante, de la legislación militar, sino, más bien, un complejo normativo excepcionalmente extenso que goza, respecto a la legislación militar de paz, de propia autonomía. Debe tenerse presente que, además del Código penal militar de guerra (integrado

por 300 artículos) y el Ordenamiento judicial militar de guerra, son de aplicación el R. D. 1415/1938, de 8 de julio, por el que se aprueban las leyes de guerra (de 364 artículos) y las leyes de neutralidad, así como un amplio conjunto de leyes especiales.

Se trata de un ordenamiento, en buena medida, contrario a los postulados constitucionales, tanto en su vertiente orgánica (falta de independencia del juzgador; existencia de jueces *extraordinarios*), como en la procesal (la acción penal está, en todo caso, condicionada a la disposición del mando) y la sustancial (aplicabilidad indiscriminada de la pena de muerte, previsión de sanciones colectivas). La vigente legislación de guerra altera las reglas ordinarias, concentrando todos los poderes en el mando militar (incluso de tipo normativo, con la posibilidad de dictar bandos). Con previsión de un modelo de justicia ejemplar y sumaria, la legislación vigente hace de la vida y de la dignidad del individuo instrumento de las exigencias bélicas, derogando principios constitucionales fundamentales: en primer término, el que prohíbe instrumentalizar a la persona por exigencias de prevención general o de defensa social.

Por otra parte, la necesidad de normas especiales para las situaciones de emergencia que surgen durante un conflicto armado internacional no puede ser ignorada. Se advierte, de modo expreso, cómo el legislador italiano no puede soñar, como ha hecho desde el final de la guerra hasta hoy, con que Italia no se verá comprometida nunca en conflictos bélicos: la intervención en Irak y la polémica suscitada, incluso con respecto a las normas de Derecho penal militar aplicables, ha demostrado que, aun cuando sea de desear el mantenimiento de la paz internacional, resulta contradictorio por parte del Estado italiano mantener unidades militares operativas, sin que se les dote de instrumentos jurídicos modernos y creíbles.

Sobre estas premisas, la reforma de la legislación de guerra ofrece problemas —técnicos y de política criminal— ciertamente trascendentes. Las posibilidades se reducen a: a) suprimir la autonomía de la legislación de guerra y establecer, en una única normativa penal militar, disposiciones específicas para las situaciones de hecho surgidas durante los conflictos bélicos (es la orientación seguida en los Ordenamientos alemán y español, entre otros); b) revisar las leyes de guerra existentes, introduciendo las modificaciones que se consideren necesarias; y c) elaborar un nuevo Código penal militar de guerra y nuevas leyes militares de guerra, con base en los criterios y principios vigentes.

Excluida esta última posibilidad, la mejor opción —para los redactores— hubiera sido la primera: incluso conceptualmente, la drástica separación entre legislaciones de paz y de guerra, que podía justificarse en la contienda tradicional, que trastocaba, en todos los órdenes, la vida civil, no parece hoy opor-

tuna. Resultaría preferible una ley penal flexible, adecuada para satisfacer las múltiples exigencias militares, sin una distinción formal entre ley para tiempo de paz y ley para tiempo de guerra. Sin embargo, tal solución no se considera, de inmediato, factible, ante la falta de estudios y trabajos al respecto.

Por ello, a los redactores del anteproyecto ha parecido satisfactoria, sobre todo por razones pragmáticas, la solución de atribuir el ejercicio de la jurisdicción de guerra a los órganos judiciales militares de paz, con las reglas orgánico-procesales ordinarias. En lo referente a la normativa sustancial, se efectúa una revisión, a fin de suprimir sus aspectos inconstitucionales y las previsiones más anacrónicas, y de asegurar el respeto a los convenios internacionales (especialmente, los de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977) relativos a la observancia del Derecho humanitario bélico. De este modo, con unas pocas disposiciones, el sistema del Derecho penal militar de guerra queda radicalmente modificado, con posibilidad de aplicación efectiva, si ello fuese necesario.

La doctrina italiana, aun reconociendo que se trata de una solución transitoria, ha valorado positivamente este título del anteproyecto: *el haber previsto la derogación del vigente procedimiento penal militar de guerra con toda su absurda parafernalia, y su sustitución por el procedimiento penal militar de paz, que, tras la última reforma, garantiza la independencia y el ejercicio correcto e imparcial del poder judicial, es ya bastante. Es también importante que los Magistrados militares encargados de la redacción del anteproyecto presentado en el Congreso de Palermo hayan dado por descontada la necesidad de la reforma integral* (9).

* * * * *

El título V y último del Anteproyecto (arts. 68 a 70), bajo la rúbrica *Disposiciones finales y transitorias*, contiene preceptos, de diversa naturaleza, entre los que destaca el artículo 70, derogatorio de una serie de normas, como el Código penal militar de paz, el libro IV del Código penal militar de guerra, referente al procedimiento penal militar, y el ordenamiento judicial militar de guerra.

* * * * *

(9) Cfr. C. F. Grosso, *Riforma della parte sostanziale dei codici militari*, cit., p. 160.

TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEGISLACION PENAL MILITAR,
ELABORADO POR LA ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS MILITARES
ITALIANOS.

LEY PENAL MILITAR

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º (Delito militar).- 1. Constituye delito militar, además de la infracción de las disposiciones del título II de la presente ley, cualquier otro quebrantamiento de la legislación penal previsto como delito contra la personalidad del Estado o el orden público, cometido por un miembro de las Fuerzas Armadas con abuso de facultades o vulneración de los deberes inherentes a la condición militar, o siempre que sea en lugar militar; o como delito contra la administración pública, la administración de justicia, la fe pública, la integridad o moralidad pública, o el buen nombre, la persona o el patrimonio, perpetrado en perjuicio del servicio o de la administración castrense, o de otro miembro de las Fuerzas Armadas, si es en lugar militar o a causa del servicio, o contra la actividad judicial militar.

2. Constituye, asimismo, delito militar toda infracción de la ley penal prevista como delito en materia de control de armas, municiones y explosivos y de producción, consumo y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometida por un miembro de las Fuerzas Armadas en lugar militar.

3. La pena privativa de libertad establecida para los delitos previstos en este artículo se incrementa en un sexto de su extensión.

Artículo 2º (Miembro de las Fuerzas Armadas).- 1. A los efectos de la ley penal, «miembro de las Fuerzas Armadas» o «militar» es aquél que presta, incluso de hecho, servicio activo en la fuerza o en los cuerpos armados del Estado, incluso si está ausente de la unidad a la que pertenece, y aquél que, aun ajeno al servicio activo, extingue una pena privativa de libertad impuesta por delito militar en una prisión u hospital castrenses o se encuentra en alguno de dichos establecimientos en situación de prisión preventiva.

2. El servicio activo se inicia para el militar en el momento establecido para la presentación y concluye con su licenciamiento.

3. A los efectos de la ley penal militar, los delitos cometidos por militares italianos en perjuicio de militares de las Fuerzas Armadas de un Estado aliado serán considerados como si fuesen perpetrados en perjuicio de militares o

de las Fuerzas Armadas del Estado italiano. La observancia de esta norma está subordinada a la condición de que el Estado aliado garantice una protección penal recíproca a los militares italianos y a las Fuerzas Armadas del Estado italiano.

Artículo 3° (*Delitos militares cometidos en territorio extranjero*).- 1. Además de en los supuestos indicados en el Código penal, será castigado conforme a la ley italiana el militar que cometa delitos militares en territorio extranjero ocupado por las Fuerzas Armadas del Estado o en el que se encuentren estacionadas o en tránsito.

2. En los demás casos, el militar que cometa delitos militares en territorio extranjero será castigado conforme a la legislación italiana a solicitud del Ministro de que dependa.

Artículo 4° (*Noción de lugar militar; de buque o aeronave militar; de servicio específico*).- 1. A los efectos de la ley penal, bajo la denominación de lugar militar se comprenden los cuarteles, buques, aeronaves, establecimientos castrenses y cualquier otro lugar donde los militares se encuentren, incluso momentáneamente, por razón del servicio.

2. A los efectos de la ley penal, son buques o aeronaves militares los buques y las aeronaves de guerra, así como cualquier otro buque o aeronave adscrito al servicio de las Fuerzas Armadas del Estado bajo la dependencia de un comandante militar.

3. A los efectos de la ley penal, constituye servicio específico todo servicio con armas, el servicio prestado en unidades encuadradas orgánicamente para operaciones militares o de protección civil, y el servicio particular explícitamente regulado mediante consigna.

Artículo 5° (*Delito cometido en cumplimiento de órdenes*).- Si un hecho constitutivo de delito es cometido en cumplimiento de órdenes dadas por un superior o por otra autoridad competente, será responsable también el militar que lo ha ejecutado, cuando la orden comporte un evidente pronunciamiento contra las instituciones del Estado o su ejecución sea, de cualquier modo, manifiestamente constitutiva de delito.

Artículo 6° (*Uso legítimo de las armas*).- 1. No se impondrá pena al militar que, con el fin de cumplir un deber derivado del servicio, hace uso, u ordena hacer uso, de las armas o de otro medio de coacción física, cuando se ve obligado a ello por la necesidad de repeler una agresión o de vencer una resistencia.

2. La ley determina los demás supuestos en los que el militar está autorizado para hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física.

Artículo 7° (*Necesidad militar*).- No se impondrá pena al militar que ha cometido un hecho constitutivo de delito, cuando se ve obligado a ello para

impedir conductas de sedición, saqueo o devastación o cualquier otro hecho capaz de poner en peligro la seguridad del puesto, el buque o la aeronave.

Artículo 8º (*Exceso culposo*).- Cuando, en la comisión de algunos de los hechos previstos en los artículos 6 y 7, se excedan culposamente los límites establecidos por la ley o por la orden del superior o de otra Autoridad o derivados de la situación de necesidad, serán de aplicación las disposiciones relativas a los delitos culposos, siempre que el hecho venga previsto como tal en la ley penal.

Artículo 9º (*Circunstancias agravantes*).- Además de las circunstancias agravantes comunes previstas en el Código penal, agravan el delito militar, siempre que no constituyan elementos típicos o agravantes específicas, las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se trata de militar con graduación o mando o de cualquier persona que voluntariamente haya asumido la prestación del servicio militar.
- b) Cometer el hecho en connivencia con un inferior.
- c) Cometer el hecho con armas militares, durante el servicio militar o a bordo de un buque o aeronave militar.
- d) Cometer el hecho en presencia de tres o más militares.
- e) Cometer el hecho encontrándose en el extranjero por razón del servicio.

Artículo 10º (*Circunstancias atenuantes*).- Además de las circunstancias atenuantes comunes previstas en el Código penal, atenúan el delito militar, siempre que no constituyan elementos típicos o atenuantes específicas, las circunstancias siguientes:

a) Cometer el hecho por exceso de celo en el cumplimiento de los deberes militares.

b) La comisión del hecho por un militar que no haya cumplido aún treinta días de servicio en filas, cuando se trate de delitos previstos en el Capítulo II del Título II de esta Ley.

Artículo 11º (*Reclusión militar*).- 1. Constituye reclusión militar la pena de reclusión que, impuesta en el supuesto y la modalidad indicados en el párrafo siguiente, se extingue en establecimientos penitenciarios militares.

2. En el caso de condena por delitos militares, impuesta a un militar, aun cuando ya no se encuentre en servicio activo, en lugar de reclusión se aplica reclusión militar con igual duración, salvo que la condena comporte la inhabilitación para cargos públicos o que el condenado haya perdido por otro motivo su condición militar.

3. La reclusión militar está equiparada, a todos los efectos, a la reclusión.

4. El tratamiento reeducativo del militar condenado por delito militar tiende a la recuperación de su conocimiento y sentido de responsabilidad, con espe-

cífica referencia a la observancia de los deberes inherentes a la condición militar. El programa del tratamiento penitenciario será establecido en función del desarrollo y la consolidación de las aptitudes militares para la reincorporación al servicio activo.

Artículo 12° (*Sanciones sustitutivas de las penas privativas de libertad y medidas alternativas a la detención*).- El juez aplicará las sanciones sustitutivas previstas en la legislación penal común, en los delitos militares castigados con hasta cuatro años de reclusión, y las medidas alternativas a la detención establecidas por la legislación penitenciaria, según modalidad que no perjudique el normal desarrollo de la prestación del servicio por el militar condenado.

Artículo 13° (*Inhabilitación para cargos públicos*).- La inhabilitación para cargos públicos, perpétua o temporal, derivada de la condena por delitos militares, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 28 del Código penal, priva al condenado de su condición militar y le incapacita para prestar cualquier servicio, encargo u obra a las Fuerzas Armadas del Estado.

TITULO II

DELITOS CONTRA EL SERVICIO Y LA DISCIPLINA MILITAR

CAPITULO I

DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR

Artículo 14° (*Negativa a prestar el servicio militar*).- 1. El militar que se niegue a prestar el servicio militar será castigado con reclusión de tres a siete años.

2. La pena será de dos a cuatro años cuando el agente haya actuado por un absoluto rechazo al uso personal de las armas, determinado por profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales.

3. En los supuestos a que se refieren los dos párrafos anteriores, la pena será, respectivamente, de cinco a diez años y de tres a siete años, si el hecho ha sido cometido tras la incorporación del militar al servicio.

4. La condena conlleva la inhabilitación temporal para el desempeño de cargos públicos. La remisión condicional de la pena no se extiende a la inhabilitación.

5. El imputado o el condenado por el delito previsto en el párrafo 2 de este artículo puede instar su admisión a un servicio militar sin armas o a la pres-

tación social sustitutoria, o incluso solicitar el ser llamado de nuevo a prestar el servicio militar. La solicitud la resuelve el Ministro de Defensa, con observancia, en lo referente a la admisión al servicio militar sin armas o a la prestación social sustitutoria, de las normas para el reconocimiento de la objeción de conciencia. La admisión de la solicitud extingue el delito y, si se ha producido condena, suspende su ejecución, las penas accesorias y todos sus efectos. El tiempo de privación de libertad sufrido será computado para el cumplimiento del servicio militar, armado o sin armas, o para la prestación social sustitutoria. Al militar que se niegue de nuevo a prestar el servicio militar no será de aplicación lo previsto en este párrafo.

Artículo 15° (*Falta de incorporación a filas*).- Quien, obligado a prestar el servicio militar, no se incorpore a filas, sin justo motivo, dentro de los ocho días siguientes al fijado, será castigado, salvo lo previsto en el artículo 14, con reclusión de seis meses a tres años.

Artículo 16° (*Deserción*).- 1. El militar que interrumpa la prestación del servicio en filas, abandonándolo arbitrariamente o no incorporándose sin justo motivo, y permanezca ausente por más de ocho días, será castigado con reclusión de seis meses a dos años.

2. Es de aplicación el párrafo 4 del artículo 14 cuando el militar, tras haber cometido por tres veces el delito del párrafo 1, resulta condenado por el mismo delito.

Artículo 17° (*Circunstancia agravante. Causa de extinción del delito*).- 1. En los supuestos previstos en los dos artículos precedentes la pena será incrementada cuando la duración de la ausencia supere los seis meses.

2. En el caso de condena por los delitos previstos en los dos artículos precedentes, el delito se extingue cuando, concedida la remisión condicional de la pena impuesta, el militar concluye su servicio en filas sin cometer ningún otro delito militar.

Artículo 18° (*Sustracción fraudulenta a la obligación de prestar el servicio militar*).- Quien, obligado a prestar el servicio militar, obtiene su exclusión, incluso temporal, procurándose o simulando una enfermedad o con otros medios fraudulentos, será castigado con reclusión de uno a cuatro años.

CAPITULO II

DELITOS CONTRA LOS DEBERES ESPECIALES DEL SERVICIO MILITAR

Artículo 19° (*Desobediencia. Negativa a asumir un servicio específico*).- 1. El militar que ilegítimamente rehúse, omita o retrase el cumplimiento de una

orden, relativa al servicio o a la disciplina militar, a requerimiento de un superior, será castigado con hasta un año de reclusión. La misma pena se impondrá al militar que no asuma el servicio específico que le haya sido asignado u ordenado por la autoridad competente.

2. No será castigado el militar que se manifieste contrario a una orden cuando la cumpla, tras serle confirmada por el superior.

3. Cuando el hecho sea cometido durante un servicio específico o a bordo de un buque o aeronave, la reclusión será de seis meses a dos años; si el hecho tiene lugar con ocasión de operaciones militares o de protección civil o en otras circunstancias de grave peligro, la reclusión será de uno a cinco años.

Artículo 20° (*Desobediencia a intimaciones de militar en servicio*).- El militar que no obedezca las intimaciones hechas por otro militar nombrado para un servicio específico en ejecución de reglamentos, disposiciones u órdenes que disciplinen su cumplimiento, será castigado con hasta un año de reclusión; la reclusión será de seis meses a tres años si el hecho es cometido en las circunstancias indicadas en el segundo inciso del párrafo tercero del artículo precedente.

Artículo 21° (*Falta de presentación a la partida de la unidad, el buque o la aeronave*).- El militar que, perteneciendo a la tripulación de un buque o de una aeronave militar, o habiendo sido destinado a una unidad expedicionaria o en operaciones, se encuentre ausente, sin autorización, en el momento de partir la unidad, el buque o la aeronave, será castigado con reclusión de seis meses a tres años.

Artículo 22° (*Interrupción de un servicio específico*).- El militar que interrumpa el servicio específico que le ha sido asignado o requerido por la autoridad competente, o lo preste de modo distinto al previsto en los reglamentos u ordenanzas que disciplinan su cumplimiento, con riesgo de producir peligro para la integridad de las personas o de los bienes pertenecientes a la administración militar o destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, o para la seguridad del puesto, buque o aeronave, será castigado con reclusión de seis meses a dos años; la pena será de uno a cinco años de reclusión si el hecho se cometió en las circunstancias indicadas en el segundo inciso del párrafo tercero del artículo 19.

Artículo 23° (*Sustracción fraudulenta a un servicio específico*).- El militar que, prestando o debiendo prestar un servicio específico, consiga ser relevado del mismo, procurándose o simulando una enfermedad o con otros medios fraudulentos, será castigado con reclusión de cuatro meses a un año.

Artículo 24° (*Menoscabo de la capacidad para prestar un servicio específico*).- El militar que, durante la prestación de un servicio específico o después de habersele encomendado, sea hallado en estado de embriaguez o de intoxi-

cación aguda por sustancias estupefacientes o psicotrópicas, intencionadamente o por negligencia, capaz de excluir o menoscabar su capacidad para prestarlo, será castigado con reclusión de hasta un año.

CAPITULO III

DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL MANDO

Artículo 25° (*Pérdida culposa de buque, aeronave o infraestructura militares*).- El jefe de una unidad militar que, por culpa, ocasione la pérdida o la captura de buques, aeronaves, establecimientos o infraestructuras militares o adscritas al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con hasta diez años de reclusión.

Artículo 26° (*Infracción de deberes inherentes al ejercicio del mando*).- 1. El jefe de una unidad militar que no observe las instrucciones recibidas para el desarrollo de una operación militar, o no adopte el tipo de organización del servicio acordado por la autoridad superior, oralmente o por escrito, será castigado con hasta cinco años de reclusión, si del hecho se deriva perjuicio para las operaciones o riesgo para la eficacia o la integridad del buque, la aeronave, el establecimiento o la infraestructura militar o adscrita al servicio de las Fuerzas Armadas, dependientes de su mando.

2. El jefe de una unidad militar que, por culpa o negligencia en el cumplimiento de sus deberes de mando, perjudique el éxito de una operación militar que le estuviese encomendada, será castigado con hasta dos años de reclusión.

Artículo 27° (*Infracción de medidas cautelares*).- 1.- El jefe de una unidad militar que ordene o consienta el desarrollo de alguna actividad relativa al servicio sin observancia de las normas de seguridad, generales o particulares, concernientes a la salvaguardia de la integridad física del militar, u omita la vigilancia sobre la adopción de las medidas cautelares establecidas para prevenir accidentes u otros eventos dañosos, será castigado con reclusión de seis meses a tres años, si del hecho se derivase riesgo para la integridad de las personas o de los bienes pertenecientes a la administración militar o adscritos a las Fuerzas Armadas, o para la seguridad del puesto, el buque o la aeronave.

2. La misma pena se impondrá al jefe de una unidad militar que ordene o consienta el desarrollo de alguna actividad propia del servicio sin la observancia de las normas generales o particulares concernientes a la organización, el empleo o el adiestramiento de los militares o relativas a la conservación o gestión administrativa de los bienes de la hacienda militar, si del hecho se derivase riesgo para la integridad de las personas o de los bienes pertenecientes a la adminis-

tración militar o adscritos a las Fuerzas Armadas, o para la seguridad del puesto, buque o aeronave.

Artículo 28° (*Movimiento arbitrario de fuerzas militares*).- El jefe de una unidad militar que, sin orden o autorización y sin necesidad, contraviniendo las normas vigentes, ordene un movimiento de fuerzas militares, será castigado con hasta tres años de reclusión.

Artículo 29° (*Abandono del mando*).- 1. El jefe de una unidad militar que, en el desarrollo de operaciones militares, abandone el mando será castigado con reclusión de dos a cinco años.

2. Si el hecho fuese cometido en circunstancias de grave riesgo o resultase perjudicial para el éxito de la operación, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de reclusión.

CAPITULO IV

DELITOS ESPECIALES CONTRA LA PERSONA

Artículo 30° (*Violencia en el servicio*).- 1. El militar que haga uso de la violencia contra un superior o un subordinado por motivos referentes al servicio y a la disciplina, o contra un militar que se encontrase prestando un servicio específico, será castigado con la pena de seis meses a tres años de reclusión.

2. Si el hecho fuese cometido para constreñir a otro militar a realizar una conducta contraria a sus particulares deberes o para que lleve a cabo u omita un acto del propio cargo o servicio, la pena será de seis meses a cinco años de reclusión.

Artículo 31° (*Amenaza en el servicio*).- 1. El militar que amenace con un daño injusto a un superior o a un subordinado por motivos referentes al servicio y a la disciplina, o a un militar que se encuentre prestando un servicio específico, será castigado con hasta tres años de reclusión.

2. En los supuestos previstos en el párrafo segundo del artículo anterior, la pena será de tres meses a cinco años de reclusión.

Artículo 32° (*Agravantes*).- 1. Las penas establecidas en los dos artículos precedentes se agravarán cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 339, párrafo 1, del Código penal, y, respecto al delito de amenaza en el servicio, si el culpable se sirve de la fuerza intimidadora derivada del vínculo de solidaridad, real o supuesto, entre los militares con más antigüedad en el servicio.

2. Cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 339, párrafo 2, del Código penal, la pena será de dos a ocho años de reclusión en las hipó-

tesis simples, y de tres a quince años en los supuestos previstos en los segundos apartados de los dos artículos anteriores.

Artículo 33° (*Injuria en el servicio*).- 1. El militar que ofenda el prestigio, el honor o la dignidad de un superior o de un subordinado, por motivos referentes al servicio y a la disciplina, o de un militar que se encuentre prestando un servicio específico, en su presencia, será castigado con hasta dos años de reclusión.

2. La misma pena se impondrá al militar que cometa los hechos descritos en el párrafo precedente mediante comunicaciones telegráfica, telefónica, radiofónica o televisiva, o con escritos o diseños o cualquier otro medio de comunicación dirigidos al militar ofendido.

Artículo 34° (*Maltratos*).- El militar que, con abuso de autoridad o infracción de los deberes inherentes a su cargo, graduación o mando, o aprovechándose del vínculo de solidaridad entre los militares más veteranos, someta a maltratos a otro militar, o le haga más penoso el servicio o la convivencia en el ámbito militar, será castigado, por sólo ello, con reclusión de seis meses a tres años.

Artículo 35° (*Prevaricación*).- El militar que amenace con un daño injusto a otro militar valiéndose de la fuerza intimidadora del vínculo de solidaridad, real o supuesto, entre los militares con más antigüedad en el servicio, será castigado con hasta un año de reclusión.

Artículo 36° (*Abuso de autoridad*).- Será castigado con hasta cuatro años de reclusión el militar que, abusando de su graduación o funciones, impida, de cualquier modo, a un subordinado la presentación de instancias, denuncias o recursos a la autoridad competente, le imponga ilegítimamente sanciones disciplinarias o le obligue a realizar prestaciones ajenas al servicio o a la disciplina.

Artículo 37° (*Abuso de prestaciones de obra*).- El militar que, con abuso de su graduación o funciones, utilice en beneficio propio o de tercero las prestaciones de un inferior, será castigado, de no constituir el hecho un delito más grave, con hasta dos años de reclusión.

CAPITULO V

DELITOS ESPECIALES CONTRA EL ORDEN PUBLICO

Artículo 38° (*Amotinamiento*).- 1. Serán castigados con reclusión de seis meses a cuatro años los militares que, reunidos en número de cinco o más, injustificadamente y pese a la intimación del superior, se nieguen, omitan o retrasen el cumplimiento de una orden referente al servicio o a la disciplina, o no asuman el servicio específico que les hubiese sido asignado o requerido por la autoridad competente.

2. La pena para quienes han promovido, organizado o dirigido el amotinamiento será de uno a cinco años de reclusión.

3. La pena será de tres a quince años de reclusión si los militares, tras haber tomado arbitrariamente las armas, se niegan, omiten o retrasan el cumplimiento de la orden de deponerlas pese a la intimación de su superior. En el supuesto previsto en el párrafo precedente, la pena será de reclusión no inferior a seis años.

4. Si el hecho es cometido durante un servicio específico, a bordo de un buque o de una aeronave militar, en maniobras militares u operaciones de protección civil o en circunstancias críticas, la pena se incrementará de la mitad a dos tercios.

5. Está exento de pena el militar que desiste de su conducta inmediatamente después de serle reiterada la orden por el superior.

Artículo 39° (*Conspiración para cometer delitos militares*).- 1. Serán castigados con hasta tres años de reclusión los militares que, en número de cinco o más, se concierten para cometer el delito previsto en el artículo anterior, si el mismo no llega a ejecutarse.

2. La misma pena se impondrá a los militares que se concierten para cometer un delito tendente a comprometer la seguridad del buque, la aeronave o el puesto, o a impedir el ejercicio del poder por el mando, si el delito no llega a ejecutarse.

3. En los supuestos previstos en los párrafos precedentes la pena aplicable será siempre inferior a la mitad de la establecida para el delito a que se refiere el concierto.

Artículo 40° (*Instigación para cometer delitos militares*).- El militar que incite a uno o más subordinados a cometer un delito militar, será castigado con hasta cinco años de reclusión, si la propuesta no es efectiva o, aún siéndolo, el delito no llega a ejecutarse. La pena será siempre inferior a la mitad de la establecida para el delito a que se refiere la instigación.

Artículo 41° (*Omisión del deber de impedir delitos militares*).- El militar que, infringiendo sus propios deberes derivados del servicio, no utilice todos los medios posibles para impedir la ejecución de alguno de los delitos contra la personalidad del Estado o de amotinamiento cometido en su presencia, será castigado, fuera de los supuestos de participación en el delito, con hasta cinco años de reclusión. La pena será siempre inferior a la mitad de la establecida para el delito perpetrado en presencia del militar.

Artículo 42° (*Omisión de denuncia*).- El militar que, ante alguno de los delitos señalados en el artículo anterior, aun no cometidos en su presencia, omita dar parte a los superiores nada más tener noticia de los hechos, será castigado con hasta un año de reclusión.

Artículo 43° (*Sedición*).- 1. El militar que públicamente realice manifestaciones sediciosas o emita gritos sediciosos será castigado, si el hecho no constituye un delito más grave, con hasta un año de reclusión.

2. La misma pena se impondrá al militar que promueva o participe en una reunión sediciosa.

CAPITULO VI

DELITOS CONTRA BIENES DE INTERÉS MILITAR

Artículo 44° (*Daño culposo de elementos militares*).- El militar que, por negligencia, destruya o deje inservible, total o parcialmente, buque, aeronave, convoy, camino, establecimiento, depósito u otro elemento castrense o adscrito al servicio de las Fuerzas Armadas será castigado con hasta cinco años de reclusión.

Artículo 45° (*Daño de armas o elementos del armamento militar*).- El militar que destruya, disperse o deje inservibles, total o parcialmente, armas, municiones u otros elementos del armamento castrense o adscrito a la defensa militar será castigado con hasta tres años de reclusión. En caso de daño especialmente grave se impondrá la pena de dos a diez años de reclusión. Si el hecho se comete por negligencia, la reclusión será disminuida de la mitad a dos tercios.

Artículo 46° (*Apropiación y sustracción de armas o elementos del armamento militar*).- 1. El militar que, estando en posesión o teniendo la disponibilidad de armas, municiones u otros elementos del armamento castrense o adscrito a la defensa militar, se los apropie será castigado con reclusión de cuatro a doce años.

2. El militar que se apodere de armas, municiones u otros elementos del armamento castrense o adscrito a la defensa militar, sustrayéndolos a la administración o a otro militar en cuyo poder se encuentren, con el fin de obtener provecho para él o para terceros, será castigado con reclusión de seis meses a cuatro años. Son de aplicación las agravantes previstas en el artículo 625 del Código penal.

TITULO III

DISPOSICIONES PROCESALES

Artículo 47° (*Jurisdicción penal militar*).- 1. La jurisdicción penal militar se ejerce conforme a las disposiciones de esta ley y del Código de procedimiento

penal, en el que las referencias a los órganos de la jurisdicción ordinaria se entenderán hechas a los correspondientes órganos de la jurisdicción militar.

2. Los órganos judiciales militares en tiempo de paz tienen jurisdicción solamente en delitos militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, con exclusión de aquéllos que no hayan alcanzado la mayoría de edad.

3. Entre los procedimientos de competencia del juez militar y los procedimientos de competencia del juez ordinario, en ningún caso opera la conexión prevista en el artículo 12 del Código de procedimiento penal.

Artículo 48° (*Competencia en delitos cometidos durante la navegación o en el extranjero*).- 1. La competencia en los delitos militares íntegramente cometidos durante la navegación del buque o de la aeronave, o en el extranjero, corresponde al tribunal militar del lugar en que se encuentra ubicada la unidad a la que pertenece el inculpado.

2. Si la unidad se encuentra instalada en el extranjero, la competencia viene determinada por su última ubicación en el territorio del Estado.

3. En caso de pluralidad de inculpados, será juez competente el que corresponda al de superior graduación y, en su caso, al de más antigüedad.

4. Si no fuese posible determinar la competencia conforme a las reglas de los párrafos precedentes, ésta corresponde al tribunal militar del lugar en que tiene su sede la oficina del Ministerio público que primero ha dispuesto la inscripción del informe del delito en el registro previsto en el artículo 335 del Código de procedimiento penal.

Artículo 49° (*Incompatibilidad especial para los jueces militares*).- No pueden ejercer el cargo de juez los oficiales que pertenezcan al mismo Cuerpo que el inculpado o que hayan participado, de cualquier forma, en un previo procedimiento disciplinario por los mismos hechos.

Artículo 50° (*Delegaciones*).- Para los actos que deban realizarse fuera del lugar de residencia, el Ministerio público o el juez, cuando no tengan el deber, por razones de urgencia u otro motivo, de proceder personalmente, solicitarán el auxilio del Ministerio público o el juez del tribunal militar del lugar o, en su defecto, de la autoridad judicial ordinaria.

Artículo 51° (*Ujier judicial militar*).- Para las notificaciones de los actos del procedimiento penal, el ujier judicial militar puede ejercer las funciones que competen al oficial judicial.

Artículo 52° (*Actividad investigadora en el interior de lugares militares*).- Cuando el Ministerio público o la policía judicial deban proceder al arresto por delito flagrante, detención o ejecución de medidas coercitivas, o realizar registros, inspecciones, embargos u otra actividad de investigación, en el interior de lugares militares, lo comunicarán, inmediatamente antes, al mando del establecimiento, quien, si con ello no causa perjuicio o retraso en las inves-

tigaciones, puede solicitar su asistencia a las operaciones o la de un oficial delegado.

Artículo 53° (*Arresto facultativo en delito flagrante*).- Conforme a lo dispuesto en el artículo 381 del Código de procedimiento penal, los oficiales y agentes de la policía judicial están facultados para arrestar a quien es sorprendido flagrantemente en la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 15, 16, 30, 31, 34, 35, 39, 43 y 45 de la presente ley.

Artículo 54° (*Policía judicial*).- 1. Para los delitos militares ejercen funciones de policía judicial, además de las personas indicadas en el Código de procedimiento penal, los mandos de cuerpo, destacamento o puesto.

2. En cada una de las fiscalías militares de la República será instituida una sección especializada de policía judicial.

TITULO IV

MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION DE GUERRA

Artículo 55° (*Norma de principio*).- Hasta la reforma integral de las leyes penales militares de guerra, se aplicarán, donde subsistan sus presupuestos, las disposiciones siguientes.

Artículo 56° (*Aplicación de la ley penal militar de guerra en situación de paz*).- La ley penal militar de guerra puede ser excepcionalmente aplicada en situación de paz, en los casos previstos por la ley, mediante decreto del Presidente de la República, previa autorización de las Cámaras, sustituyéndose la pena de muerte por la de presidio.

Artículo 57° (*Jurisdicción militar de guerra*).- La jurisdicción militar de guerra se ejerce por los órganos judiciales militares de paz. Son de aplicación las disposiciones procesales previstas para tiempo de paz, con observancia de las normas del presente título.

Artículo 58° (*Acción penal contra los mandos en guerra*).- 1. Los delitos cometidos por los militares en el ejercicio del mando durante el estado de guerra son castigados a instancias del comandante en jefe. La facultad de ejercitar la acción no está sujeta a plazos.

2. Tras la cesación del estado de guerra y dentro de los tres meses, la acción puede ser ejercitada por el Ministro de Defensa.

Artículo 59° (*Copias de actuaciones e informes al comandante en jefe*).- 1. El comandante en jefe puede pedir a la autoridad judicial copias de actuaciones procesales e informes escritos sobre su contenido; la autoridad judicial debe proveer en el término fijado en la solicitud o, en su defecto, en el plazo de cinco días.

2. La autoridad judicial puede, asimismo, de oficio, remitir al comandante en jefe copias de actuaciones e informes.

3. Las copias de actuaciones y los informes recibidos en virtud de lo dispuesto en los dos párrafos precedentes tienen el carácter secreto previsto en el artículo 329 del Código de procedimiento penal.

Artículo 60° (*Facultad de detención por el mando*).- Cuando un delito no culposo sometido a la jurisdicción militar haya sido perpetrado o descubierto durante la navegación o en circunstancias tales que hacen imposible o no compatible con las exigencias bélicas la oportuna intervención de la autoridad judicial, el mando al que estén atribuidas las funciones de policía judicial militar, si no se ha procedido al arresto flagrante, puede ordenar la detención en todos los delitos castigados con pena privativa de libertad no inferior, en su límite superior, a tres años. En tal caso y en el supuesto de que se haya procedido al arresto en delito flagrante, se observarán las disposiciones del artículo siguiente.

Artículo 61° (*Prórroga de la custodia*).- 1. El mando, después del interrogatorio del arrestado o del detenido y el eventual cumplimiento de las actuaciones de policía judicial, valorando la racionalidad de los indicios y la gravedad del delito, si lo considera necesario para impedir la desvirtuación de la prueba o el riesgo de huida o para salvaguardar la disciplina, el orden o la seguridad del buque o del puesto, puede acordar la prórroga de la medida cautelar, ordenando, en caso contrario, la inmediata libertad del arrestado o detenido. Con posterioridad, el mando ordenará la libertad cuando desaparezcan los motivos que justifican la prórroga en el arresto o detención.

2. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la desaparición de las circunstancias indicadas en el artículo anterior, el mando entregará al arrestado o detenido a la autoridad judicial.

Artículo 62°.- El artículo 165 del Código penal militar de guerra queda redactado como sigue:

«Artículo 165 (*Conflictos armados internacionales*).- Las disposiciones del presente título son de aplicación en todos los supuestos de conflictos armados internacionales, con independencia de la declaración del estado de guerra».

Artículo 63°.- La rúbrica y el primer párrafo del artículo 185 del Código penal militar de guerra quedan redactados como sigue:

«Artículo 185 (*Violencia de militares italianos contra personas civiles o de habitantes de territorios ocupados contra militares italianos*).- 1. El militar que, por causas no ajenas a la confrontación bélica, ejerza violencia contra personas civiles, que no tomen parte directamente en las operaciones militares, será castigado con hasta cinco años de reclusión».

Artículo 64°.- Tras el artículo 185 del Código penal militar de guerra se incorpora el siguiente:

«Artículo 185 bis (*Otras ofensas contra personas protegidas*).- El militar que, por causas no ajenas a la confrontación bélica, realice, en perjuicio de prisioneros de guerra, civiles u otras personas protegidas, actos de discriminación racial o de tortura, tratos inhumanos o degradantes, traslados ilegales, deportaciones u otras conductas prohibidas por las convenciones internacionales, será castigado, cuando el hecho no constituya delito más grave, con hasta cinco años de reclusión».

Artículo 65°.- El artículo 219 del Código penal militar de guerra queda redactado como sigue:

«Artículo 219 (*Toma de rehenes*).- 1. El militar que, por causas no ajenas a la confrontación bélica, secuestre a una persona o la mantenga en su poder con amenaza de matarla, herirla o dejarla secuestrada, con el fin de obligar al Estado enemigo, militares enemigos o terceros, a realizar cualquier acto o abstenerse, condicionando la liberación de la persona secuestrada a tal acción u omisión, será castigado con la pena de veinticinco a treinta años de reclusión.

2. Son de aplicación los párrafos segundo a quinto del artículo 289 bis del Código penal.

3. Si el hecho revistiese escasa entidad, se impondrán, aumentadas de la mitad a dos tercios, las penas previstas en el artículo 605 del Código penal».

Artículo 66°.- En el artículo 230, párrafo 1, del Código penal militar de guerra, tras los términos «delitos previstos por los artículos», se incluye el número «185».

Artículo 67°.- En el artículo 65 de la ley de guerra, aprobada por R. D. 1415/1938, de 8 de julio, queda suprimido el inciso «salvo que puedan ser considerados solidariamente responsables».

TITULO V

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Artículo 68°.- Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a los delitos previstos en el Código penal militar de paz, se entiende que lo hacen a los delitos previstos en esta ley.

Artículo 69°.- La pena de reclusión militar prevista en las disposiciones del Código penal militar de guerra queda sustituida por la de reclusión con igual extensión.

Artículo 70°.- Quedan derogados:

- a) El Código penal militar de paz, aprobado por R. D. 303/1941, de 20 de febrero.
- b) El Libro Cuarto del Código penal militar de guerra.
- c) Los artículos 57 a 91 del R. D. 1022/1941, de 9 de septiembre.
- d) El artículo 9° de la Ley 180/1981, de 7 de mayo.

CONSIDERACIONES SOBRE LAS DILIGENCIAS PREVIAS Y LA INTERVENCION LETRADA EN ELLAS

Arturo Hernández Muntiel
Tte. Coronel Auditor
Juez Togado Militar Territorial

SUMARIO

I. EL ANTIGUO PROCEDIMIENTO PREVIO Y LAS NUEVAS DILIGENCIAS PREVIAS.- II. ALGUNAS CARACTERISTICAS DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS.- III. EL DERECHO A LA DEFENSA, A LA ASISTENCIA LETRADA Y A CONOCER.- IV. EL RECONOCIMIENTO OPE LEGIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LA ACUSACION PARTICULAR EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS. LAS FACULTADES DEL MANDO MILITAR PROMOTOR DEL PARTE Y DEL DENUNCIANTE.- V. CONCLUSION.

I. EL ANTIGUO PROCEDIMIENTO PREVIO Y LAS NUEVAS DILIGENCIAS PREVIAS

Bajo el epígrafe del Capítulo II del Título I del Libro II, *De la prevención de los procedimientos* de la Ley Orgánica Procesal Militar (en adelante L.O.P.M.) y en su Sección 1ª, se contemplan las Diligencias Previas en los artículos 141 al 143.

Antes que otra cosa, como todos los profesionales del Derecho Militar saben, se advierte que esa parca regulación en tres únicos artículos en nada se corresponde ni con la utilización que de este procedimiento se hace, sin duda alguna cuantitativamente el más importante, ni con la importancia que en sí mismo lo instruido a través de estas Diligencias Previas tiene.

Efectivamente, el uso y el abuso que en ocasiones y sobre todo en el antiguo régimen jurisdiccional militar, anterior a la entrada en vigor el primero de mayo de 1988 de los nuevos órganos judiciales militares instaurados por la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se hacía de las Diligencias o Procedimiento Previo regulado en el Título VI del Tratado III, artículos 517 a 522 del Código de Justicia Militar, desnaturalizó el carác-

ter de estas actuaciones hasta convertirlas en ocasiones en instrumento administrativo para calificar, por ejemplo, como sufridos o no en acto de servicio unas lesiones que en todo caso aparecían desde el primer momento como accidentales y completamente ajenos por tanto los hechos o circunstancias causantes de los mismos a investigación judicial penal alguna. Esta situación desvalorizadora de este procedimiento judicial convertido en aquella situación en cajón de sastre no sólo de lo judicial sino incluso de lo administrativo, aún late en cuanto a cierta capitidismínución de la verdadera relevancia que en todo caso hay que dar a unas actuaciones que precisamente por ser iniciales son de las que va a depender en gran medida la futura investigación y concreción de los elementos enjuicables y de las responsabilidades a depurar.

Evidentemente los antiguos procedimientos previos ni por su posición obligada de las estructuras jurídico procesales que configuraban el antiguo sistema del Código de Justicia Militar ni por su propio contenido, tienen muy poco que ver con las actuales Diligencias Previas.

Así pues en este último sentido de su contenido, en el artículo 518 del Código de la Justicia Militar se dejaba constancia textual de la imposibilidad de adoptar medida cautelar alguna al no poderse considerar a nadie como inculpado o presunto responsable durante la tramitación de estas diligencias.

Sin embargo el párrafo segundo del artículo 141 de la L.O.P.M. difiere absolutamente de tal cosa, cuando dice que *el Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares prevista en esta Ley*, lo cual supone la posibilidad de una más que cierta imputación de responsabilidad penal para quien la sufra. Incluso esto está reforzado por la posibilidad apuntada por el artículo 142 de la L.O.P.M. de que si del testimonio de alguno de los declarantes pueden derivarse méritos para una futura inculpación contra quien la presta, será obligada entonces la presencia de la correspondiente asistencia letrada.

De otro lado y en esa misma línea de discrepancia entre el antiguo Procedimiento Previo y las nuevas Diligencias Previas, en el segundo párrafo del artículo 521 del Código de Justicia Militar se decía expresamente que *la resolución acordando la terminación del procedimiento sin declaración de responsabilidad no tendrá carácter definitivo y permitirá abrir de nuevo las actuaciones, siempre que aparezcan méritos para ello*; mientras que en la actual regulación no aparece en ningún momento tal afirmación, y en mi opinión simplemente ello es porque no cabe esta situación de provisionalidad (a diferencia de la opinión expuesta en las reuniones de trabajo de los Fiscales Jurídico Militares de Mayo de 1.991), (1), ya que la existencia del Recurso de Apelación previsto

(1) Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal (mayo 91). Ed. Ministerio de Defensa (Fiscal Togado. Sala de lo Militar del Tribunal Supremo).

en el artículo 143 de la L.O.P.M. contra el auto que acuerde alguna de las medidas del artículo 141 de esa misma Ley no es solamente un mero instrumento de salvaguarda del principio de tutela judicial efectiva, sino el reconocimiento de una resolución sobre el fondo en lo que cabe y por tanto ganadora de total firmeza en su momento, haciendo imposible su eventual futura reapertura. No se puede tampoco asimilar a los efectos de un sobreseimiento provisional, porque en éste la posibilidad de reapertura viene dada por la misma Ley, y ninguna de sus causas previstas para tal sobreseimiento se refiere a que el hecho no constituye delito. Esto sin embargo si que se recoge como causa del sobreseimiento definitivo al igual que se prevé en la primera de las medidas previstas en el artículo 141 de la L.O.P.M.

En este sentido el Auto de 25 de agosto de 1.992 del Tribunal Constitucional al entrar en el estudio de un Recurso de Amparo del acuerdo de archivo dictado en unas Diligencias Previas por un Juez de Instrucción de conformidad con lo previsto en el artículo 789-5, primera, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indica que el Auto de dicho Juez *cuyo fundamento era la inexistencia de hechos constitutivos de delito, impedía la reapertura del procedimiento penal desde su firmeza. Es claro que tal condición la adquirió una vez notificada la resolución al Fiscal, sin que utilizara el recurso de apelación disponible, desde el momento en que no había otra parte personada...*

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS

Dicho esto, y siendo evidente con los ejemplos dados la diferencia con las Diligencias Previas del anterior procedimiento regulado en el antiguo Código de Justicia Militar, a la vista de la actual regulación de las Diligencias Previas hay, no obstante, que mostrar cierta inoportunidad de sistemática legislativa al incluir en su regulación dentro de un epígrafe que se refiere a la prevención de los procedimientos, pues ello es tanto como privarle de su condición de procedimiento, proporcionándole la misma naturaleza que los atestados regulados dentro del mismo capítulo pero en la sección siguiente, lo cual no parece lo más correcto, puesto que al realizar una primera prospección para averiguar la naturaleza jurídica de dicho investigado y darle el cauce procesal oportuno no significa que ese inicial esclarecimiento no se realice dentro de un procedimiento judicial, claramente establecido por otro lado en el artículo 129 de la Ley Orgánica Procesal. Es decir, se trata de un procedimiento preventivo o de prevención, pero no de una prevención de procedimiento, y ésta es una primera característica de las actuales Diligencias Previas.

Como tal procedimiento preventivo, el artículo 141 de la L.O.P.M. señala efectivamente cuál es su triple objeto: De una parte la práctica de las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho; de otro lado el esclarecimiento de las personas que en él han participado y en tercer lugar el procedimiento penal aplicable.

A la vista de ello podemos establecer que los dos fines señalados en primer lugar son al mismo tiempo la premisa para alcanzar el tercero, al que deben ir encaminados los dos anteriores, y que no es otro que la determinación de la medida procesal aplicable de las seis en que desemboca el artículo 141 de la L.O.P.M. Así pues, incluso, cuando las dos primeras medidas señalan la posibilidad de dictar un auto de archivo, esto se hace en función de no ser la naturaleza de los hechos, que han sido determinados a través del procedimiento, propios de investigación judicial penal militar, lo que provoca su consideración como no constitutivos de infracción penal castrense.

Ello supone una segunda característica de este procedimiento y es la de que no se trata primordialmente y en estricta técnica jurídico procesal de un procedimiento para investigar los hechos, sino para esclarecer la medida procesal aplicable, y en este sentido se puede derivar como consecuencia en ocasiones la inexistencia de delito militar, y por ello una resolución sobre el fondo.

Asimismo el citado artículo 141 señala en su segundo inciso otra de las características de estas Diligencias como es que se trata de un procedimiento de utilización restrictiva, pues no de otra forma cabría interpretar que se utilice la expresión *sólo* cuando dice *sólo en el caso en que no fuese posible determinar el procedimiento a seguir, podrán incoar Diligencias Previas, ...* aunque la realidad señale sin embargo que por motivos de prudencia el juez instructor como director del procedimiento y para adoptar la medida más idónea se vea obligado a su utilización frecuente y quizás más de lo que sería deseable hasta para el propio instructor.

III. EL DERECHO A LA DEFENSA, A LA ASISTENCIA LETRADA Y A CONOCER

Pasamos ahora a analizar, retomando lo ya apuntado anteriormente, el alcance del derecho a la asistencia letrada, o en su caso, el derecho a la defensa, habida cuenta tanto la posibilidad de acordarse medidas cautelares en el contexto de unas Diligencias Previas, como del contenido del artículo 142 de la L.O.P.M. en cuanto a las declaraciones que pudiéramos llamar "comprometidas" para quien las presta.

En primer lugar hemos de averiguar las identidades o diferencias entre el contenido del derecho a la asistencia letrada, invocado en el artículo 142 de la

L.O.P.M. e incluso en su antecedente, en el texto de la Ley, el artículo 125 de la misma, y el del derecho a la defensa.

Empezando por este último derecho, el de defensa, es claro que resulta obligado ante una imputación que formalmente se desprenda de una propia actuación procesal. Por ello entiendo que tal derecho a la defensa en la práctica de la instrucción propia de estas Diligencias Previas, aparece únicamente como preceptivo en el caso de que se adopte alguna medida cautelar sobre persona o personas determinadas, lo cual requerirá su adopción mediante un auto y por ende un presupuesto de hecho que contenga esa imputación formal, como se indica claramente en el referido artículo 125 de la L.O.P.M. cuando ante la adopción de una medida cautelar personal, que es la que cabría en las Diligencias Previas, preceptúa la exigencia de requerir a esa persona o personas determinadas para que designen abogado defensor o solicite su designación de oficio, entre otras cosas porque tendrá que contemplar la posibilidad de ejercitar el recurso correspondiente contra esa medida cautelar.

Pero para el caso de que no se produzca esa adopción de medida cautelar, existen también dos estadios de protección para el justiciable, que de mayor a menor grado serían, por un lado el derecho a asistencia letrada y por otro el derecho a conocer cualquier actuación procesal de la que resulte una presunta o posible y futura imputación delictiva.

El derecho a la asistencia letrada viene en general enunciado en el primer inciso del artículo 125 de la L.O.P.M. al indicar que *tan pronto como se comuniquen a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada...*, este derecho genérico viene ligado en el ámbito de las Diligencias Previas (artículo 142, L.O.P.M.) a aquellas declaraciones que aparezcan como necesarias para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando se estimare por el Juez Togado que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta y en relación a esa persona.

Esta asistencia letrada supone una situación de predefensa impuesta por la exigencia constitucional de que nunca se produzca indefensión, postulada en el artículo 24 de la Constitución, en cuyo párrafo segundo ya se diferencia entre la defensa y la asistencia del Letrado, y que como indica el profesor Gimeno Sendra, tiene su consecuencia en otro principio como lo es el de contradicción y por ello tanto la referida exigencia como su consecuente principio obliga a que el deber de ilustración de la imputación ha de surgir tan pronto como se haya determinado el hecho y su presunto autor (2). Esta opinión sin embargo

(2) Vicente GIMENO SENDRA. Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal (3ª Ed.) página 58.

será válida en ese caso de determinación, pero en el transcurso de las Diligencias Previa y mientras no exista la referida determinación del hecho y del posible autor, el derecho a la asistencia letrada debe ir ligado a esa declaración, hasta el punto de que se prevé en ese artículo 142 de la L.O.P.M. la obligación de suspender la misma hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente en el caso de que los méritos para una futura inculpación resultaren de la propia declaración iniciada sin esa asistencia letrada.

La asistencia letrada supone pues una situación para la persona ilustrada de su derecho a la misma, a medio camino entre el testigo y el inculpado en sentido amplio, y su existencia encuentra su explicación en la posibilidad de tomar contacto lo antes posible con las vicisitudes procedimentales que pueden en el futuro servir de causa a una final inculpación. Por ello entiendo que una vez producido el ofrecimiento de este derecho a la asistencia letrada, sería deseable que ésta no quedara reducida al acto de la declaración judicial, sino que debería permitir participar en el procedimiento en la misma medida en que se haga por el Fiscal Jurídico Militar y desde que se pida ello en el mismo procedimiento por el Letrado asistente. Esto no obstante obligaría a revisar las previsiones procesales, dado que en teoría, la asistencia letrada supone la participación en una actuación procesal concreta, que en el caso de las Diligencias Previa sería la declaración de la persona asistida, mientras que la participación con carácter genérico en las vicisitudes procedimentales requeriría la condición de parte, y ello le es negado en la regulación de estas actuaciones al asistido y a su Letrado asistente, como lo demuestra el no estar contemplada en el artículo 143 de la L.O.P.M. como destinatario del correspondiente auto de resolución de las Diligencias Previa, con el riesgo de conculcar así el referido principio contradictorio.

Es por ello por lo que el Juez Togado instructor de las Diligencias Previa debe obrar con especial cautela para evitar, que una vez se puedan desprender de lo actuado indicios suficientes para establecer una presunción de criminalidad sobre determinada persona, se dilate la tramitación de las Diligencias, ya que si así fuera se estaría produciendo una desviación del objeto del proceso, al acumularse diligencias probatorias sin someterse al principio de contradicción e igualdad entre las partes y por ende viciando la propia naturaleza de las Diligencias Previa al crearse una situación de indefensión cada vez más grave a medida que se dilate su elevación a Sumario o a Diligencias Preparatorias según procediera, y eso siempre que naturalmente no se hayan determinado los hechos como presuntamente delictivos con anterioridad, puesto que en este caso ya desde ese momento hay que abandonar el ámbito de las Diligencias Previa para pasar al del Sumario o al de las Diligencias Preparatorias, en caso de ilícitos penales militares.

Así pues el derecho a la asistencia letrada debe entenderse como un derecho a utilizar facultativamente, por el que se encuentre implicado en unas Diligencias Previas, bien como denunciado bien como persona inculpable en base a actuaciones desarrolladas en este procedimiento, a un Letrado que aunque no se le pudiera llamar defensor sí que actuaría como valedor de los intereses de su patrocinado, de manera permanente y por ello como parte con intervención en las diligencias y en igualdad de condiciones tanto con el Fiscal Jurídico Militar como en su caso con el acusador particular.

En cuanto a lo respecta al derecho de conocer de inmediato, la admisión de denuncia y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra la persona o personas determinadas, previsto en el último párrafo del artículo 125 de la L.O.P.M., podría entenderse como una redundancia respecto a lo previsto en el primer inciso del primer párrafo de ese mismo artículo o en otro caso incluso como una contradicción, y ello porque o bien se entiende que la existencia de un procedimiento del que puedan derivarse responsabilidades penales en contra de persona determinada supone en todo caso la admisión de una denuncia o la realización de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, en cuyo caso es evidente que desde el momento que se instruye el derecho a la asistencia letrada se le está poniendo en conocimiento de lo actuado, o bien nos encontramos con que el derecho a la asistencia letrada reconocido al principio del referido precepto le es negado al final del mismo cuando la persona determinada en cuestión lo sea por aparecer como formalmente denunciada o como imputada, pues entonces bastaría por poner ello en su conocimiento, lo cual resulta en sí mismo inútil y por ende absurdo por la contradicción y la indefensión que supondría de no llevar aparejada, esta puesta en conocimiento, la posibilidad de asistirse de Letrado, en el sentido dado anteriormente a esa asistencia.

En este sentido es muy destacable la sentencia del 19-4-93 de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional (Actualidad Jurídica Aranzadi nº 100, de 6-5-93, págs. 5 y 6) en la que en relación con un recurso de amparo por vulneración del derecho a la defensa en un procedimiento abreviado y en su segundo fundamento jurídico se dice expresamente que *nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las Diligencias Previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción, a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las Diligencias Previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra*

él existente, haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia, contemplada en el artículo 789.4 LECr, añadiendo a continuación que no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra de él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o de acto de imputación formal (art. 118.1º y 2º LECr.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado al nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECr.) se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al artículo 24 de la Constitución y por ende, acreedora de la sanción procesal de la *prueba prohibida* (art. 11.1º L.O.P.J). La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una *notitia criminis* que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 LECr.), sin que pueda el Juez de Instrucción, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la imputación, (esto es, del hecho punible objeto de las Diligencias Previas) eludir que su sujeto pasivo asuma el *status* de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción, efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de la instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumarial o de la incomunicación del procesado.

Pero no obstante, la cuestión podría aún plantearse en lo que se entiende por imputado, término éste el de la imputación reiterado en la anterior sentencia reseñada del Tribunal Constitucional, y que parece que en todo caso requiere la determinación personal, con arreglo, como se dice en esa sentencia, a alguna de las formas siguientes: a) por figurar como sospechosos de participar en un acto delictivo en cualquier medio de iniciación del proceso penal, b) por deducirse del estado de las actuaciones o c) por haber sido sometido a cualquier medida o acto procesal de imputación formal. De estas tres posibilidades sólo la segunda de ellas, por la indeterminación personal que conlleva, es la que puede plantear dudas en cuanto a concretar cuál es el momento de la práctica de la instrucción judicial en el que debe entenderse que hay elementos suficientes para una imputación personal, y esta decisión de señalar cuándo del estado de las actuaciones se debe deducir la existencia de persona o personas imputadas, es la que corresponde al buen hacer del Juez Instructor, coadyuvado a ser posible tanto por el Fiscal Jurídico Militar o el acusador particular, si lo hubiere, como por la propia intervención de quien estime gravitar sobre

él una próxima imputación en base a lo actuado mediante la petición de tenerse como parte personada a través del Letrado correspondiente.

En relación con esta situación también resulta de gran interés el auto n° 97 del Tribunal Militar Central, de fecha 18 de marzo de 1992 (3) en el que en referencia a un recurso de queja interpuesto por el Fiscal Jurídico Militar contra el auto del Juzgado Togado Militar Central n° 2 que acordó no admitir a trámite el recurso de apelación contra el auto del mismo Juzgado Togado elevando las Diligencias Previas a Sumario, tuvo que abordar el derecho del inculcado en un presunto delito militar a recurrir en apelación dicho Auto de elevación a Sumario, y en donde en su fundamento jurídico tercero se dice *En la generalidad de los casos, en las Diligencias Previas no existe imputado ni inculcado, por la propia naturaleza del proceso. Puede no obstante surgir cuando se haga uso de la facultad de adoptar en ellas una medida cautelar contra alguna persona, como puede ser la de prisión preventiva. Pero cuando la naturaleza del hecho impone, como en el presente caso, como inseparable la apreciación de delito y la personificación de su autor, la elevación a causa lleva consigo una imputación y hasta inculpación, no formal, porque está reservada al procesamiento, a persona determinada y sería contrario al principio de contradicción e igualdad entre las partes la diferencia de trato procesal entre los denunciados, y futuros acusados, y el referido inculcado, y ello por exigencia del artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho a la defensa y a la tutela efectiva, frente al que no puede primar la literal interpretación del artículo 143 de la Ley Procesal Militar.*

No obstante también podría depender de la redacción dada a los hechos en el Auto de elevación de las Diligencias Previas a Sumario la aparición o no de esa inculpación no formal pero si de hecho a la que se refiere el Auto señalado, puesto que si se omitiera toda referencia a persona determinada y únicamente se indicaran los hechos cuya naturaleza ilícita en el ámbito penal militar obligue a esa elevación a Sumario o a Diligencias Preparatorias, dejando esa determinación procesal para un posterior auto de procesamiento o inculpatario, se evitaría la existencia de una imputación e inculpación y por ende, no se plantearía el problema de la consideración como parte o no en el momento de notificación de dicho acuerdo a otras personas diferentes a las literalmente señaladas en el artículo 143 de la L.O.P.M.

(3) Boletín Judicial Militar n° 2 (abril-junio 92) pgs 85 a 87.

IV. EL RECONOCIMIENTO *OPE LEGIS* DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LA ACUSACION PARTICULAR EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS

Lo que hasta aquí hemos dicho, en cuanto a la presencia Letrada en las Diligencias Previas, lo ha sido en relación con la función del defensor o de asistencia al posible futuro inculcado, pero no podemos olvidar la otra perspectiva desde la que puede realizarse la actividad letrada, es decir, como defensor de la acusación particular o de la acción civil, en el ejercicio respectivamente de la acción penal o civil, o ambas simultáneamente en defensa de los intereses del perjudicado, con las excepciones previstas en los artículos 108 y 168 ambos de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Sin embargo la actuación Letrada en estos supuestos viene reconocida sin limitación alguna en el artículo 141 de la L.O.P.M. cuando dice que el perjudicado puede intervenir en las Diligencias Previas en cualquier momento, no sólo como personado sino como parte interesada en el procedimiento, al igual que el Fiscal Jurídico Militar con las excepciones antes indicadas, lo cual queda plenamente ratificado cuando el artículo 143 de la L.O.P.M. le confiere, como no podía ser de otra forma por lo dicho, la posibilidad de recurrir en apelación el Auto dictado y en el que se adopte alguna de las medidas del artículo 141 de la misma Ley, cosa que no ocurre con el denunciado o implicado al que evidentemente no se le otorga el mismo tratamiento, pues como ya hemos visto sólo se le permitiría y en los términos examinados la posibilidad de asistencia Letrada a la declaración que prestase en presencia del Juez Togado salvo que por haber sido sometido a medida cautelar personal tenga derecho al ejercicio de la defensa.

Este diferente tratamiento dado en perjuicio del que podría verse implicado en unas Diligencias Previas, conlleva situaciones un tanto paradójicas por la indefensión que puede producir al no poder llegar formalmente a conocer y por ende a recurrir el Auto dictado conforme al artículo 141 de la L.O.P.M., por lo que avala lo ya expuesto anteriormente sobre la conveniencia de otorgarle al menos la posibilidad de una asistencia Letrada plena que asegurase su igualdad en el procedimiento con las demás partes personadas.

Pero es que además el tratamiento dado a los demás sujetos implicados en unos hechos objeto de Diligencias Previas alcanza su máxima cota de agravio, cuando en el artículo 143 de la L.O.P.M. se señala la obligación de poner en conocimiento el Auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141 no sólo al Fiscal Jurídico Militar y al perjudicado, se haya constituido o no como acusación particular, sino además al Mando Militar promotor del parte y al denunciante, pudiendo todos ellos recurrir en apelación contra el citado Auto, con lo cual se produce la paradoja no ya respecto a la intervención del Mando una vez dictada la resolución en el procedimiento sin haber podido

ser parte durante su tramitación, de manera análoga a lo previsto en los artículos 11 y 112 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar en relación con los artículos 252 y 327 ambos de la L.O.P.M. en cuanto a las facultades de los Mandos Militares Superiores para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo, y que ya ha suscitado críticas doctrinales sobre su justificación (4), sino que además este derecho de conocer la resolución y de la posibilidad de recurrirla, se extiende al denunciante de los hechos objeto de las Diligencias Previas, creando así una extraña y atípica figura procesal al convertir a éste en una especie de denunciante apelante que sin poder haber sido parte en la instrucción del procedimiento se le reconoce luego la facultad de oponerse a la medida adoptada en su resolución, aumentando así la diferencia de trato procesal con el denunciado que naturalmente puede verse profundamente agraviado por esa desigualdad de trato que le produciría una grave situación de indefensión.

V. CONCLUSION

En resumen de lo expuesto, debe entenderse que la obligación de comunicación a persona determinada de la existencia de un procedimiento del que pudiera derivarse en un futuro responsabilidades penales en su contra supone la ilustración del derecho a la asistencia letrada en sentido amplio que incluya el derecho a su personación en el procedimiento desde el momento en que del mismo se desprende elementos que puedan servir de base a una futura inculpación, sin perjuicio de que desde la aparición de dichos indicios se adopte por el Juez Togado Instructor y sin dilación alguna la resolución de elevación de las Diligencias Previas al procedimiento adecuado, abandonándose el ámbito de las Diligencias Previas al haber éstas agotado su finalidad, como lo es precisamente la de determinar el procedimiento judicial penal correspondiente.

En definitiva una interpretación a la letra de la regulación de las Diligencias Previas en este sentido, como ya se ha apuntado estaría en frontal contradicción con el derecho a no sufrir indefensión, postulado en el artículo 24 de la C.E. el cual como se recoge en la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990 *imponer a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción en igualdad de la acusación y defensa.*

(4) Vease José Jiménez Villarejo, *Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar*, págs. 18 y 19 (Atribución de la potestad judicial a los órganos judiciales militares y Revista Española de Derecho Militar nº 53 Tomo I)

Por ello ese derecho a la personación por medio de Letrado en las Diligencias Previas del que ha sido ilustrado de este derecho por el Juez Togado Militar instructor bien directamente o bien mediante su puesta en conocimiento de las actuaciones de las que resulte alguna imputación delictiva sobre él, supone un derecho a la participación en ese procedimiento en las mismas condiciones que cualquiera otra de las partes, es decir del Fiscal Jurídico Militar o del Acusador particular si lo hubiere.

Que duda cabe sin embargo que lo que no estaría de acuerdo con la naturaleza misma de las Diligencias Previas sería que en esta situación su tramitación perdurase sin resolución alguna, ya que en todo caso o dichas posibles responsabilidades son absolutamente infundadas y sin posibilidad de persecución o investigación judicial con la obligación del correspondiente inmediato auto de archivo o si existe alguna conducta que depurar en relación con un presunto delito, éste debe de llevar también a la inmediata elevación de las Diligencias Previas a Sumario, Diligencias Preparatorias, o a la inhibición en favor de otro órgano judicial ordinario común o militar.

Pero es que además estaríamos desviando la naturaleza de las Diligencias Previas si utilizamos éstas como instrumento de investigación de la autoría de unos hechos en los que ya aparecen los indicios mínimos suficientes para ser merecedores de una calificación delictiva militar, pues eso es lo que debe obligar a un cambio de procedimiento para que desde el momento en el que se adopte la primera actuación tendente a averiguar la autoría, el implicado como presunto futuro inculcado cuente ya con todas las garantías que debe proporcionar para su defensa un procedimiento adecuado, sea un Sumario o sean unas Diligencias Preparatorias.

Por ello es conveniente insistir en que las Diligencias Previas configuran un procedimiento que debe encaminarse exclusivamente a esclarecer la naturaleza de los hechos, de forma que cuando en esa actividad de esclarecimiento se empiece a dibujar la presunta autoría de un ilícito penal militar, esta investigación sobre la autoría se produzca ya en instrucción de procedimiento en la que quepa una inculpación.

Sirva pues todo lo hasta aquí expuesto, como breves anotaciones en relación con un procedimiento del que habría quizás que reivindicar una importancia que por causa de viejas corruptelas le ha podido ser negada en el ámbito de nuestra jurisdicción castrense. Importancia como instrumento de gran utilidad para el Juez Togado Instructor ya que sirve de apoyo indispensable para dar el enfoque adecuado a la investigación judicial y cuyo resultado final puede depender en muchos casos de este inicial trámite jurídico formal que se le da a esa primera *notitia criminis* que llega al órgano judicial instructor y que produce la puesta en funcionamiento de la administración de justicia.

2. NOTAS

DEFENSA NACIONAL. EXIGENCIAS DE COORDINACION ENTRE FAS Y CC. DE SEGURIDAD DEL ESTADO

César Herrero Herrero
Facultativo Jurista del C.N.P.
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. EL CONCEPTO DE FUERZAS ARMADAS: SU COMPOSICION. LA SITUACION, DENTRO DE ESTE ESPACIO, DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL. III. LAS FUNCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS. IV. EL CONCEPTO DE C.C. Y F.F. DE SEGURIDAD DEL ESTADO. SU NATURALEZA JURIDICA, SU ESQUEMA ORGANICO Y FUNCIONES CARACTERISTICAS. V. CONCEPTO DE DEFENSA NACIONAL: SUS FINES. VI. LOS OBJETIVOS PARA EL LOGRO DE LA DEFENSA NACIONAL. LAS ADMINISTRACIONES CONCRETAS ENCARGADAS DE SU REALIZACION. VII. LAS FUERZAS ARMADAS Y LOS C.C. Y F.F. DE SEGURIDAD DEL ESTADO ANTE LOS OBJETIVOS DE LA DEFENSA NACIONAL. VIII. COORDINACION DE LAS F.A.S. Y C.C. Y F.F. DE SEGURIDAD DEL ESTADO A LA VISTA DE POSIBLES MISIONES COMUNES O COMPARTIDAS EN EL CAMPO DE LA PROTECCION DE LOS OBJETIVOS DE DEFENSA NACIONAL.

I. INTRODUCCION

La cuestión que me propongo analizar, a continuación, se nos presenta, a primera vista, con varias dificultades añadidas. En primer lugar, se trata de una materia (la coordinación entre las referidas instituciones) que no ha sido abordada de forma global, hasta la fecha (al menos yo no conozco estudios en este sentido). En segundo término, contiene conceptos cuyos límites y orientación no han sido ni son configurados, de idéntico modo, por los estudiosos de los mismos. Es el caso sobresaliente, por ejemplo, del concepto de *Defensa Nacional*. Pero cabe afirmarlo también, de alguna forma, con respecto a las fronteras de las Fuerzas Armadas y F.F. y C.C. de Seguridad del Estado.

Todo ello, consecuentemente, va a obligarnos a realizar una labor previa de delimitación conceptual en torno a ellos.

Una vez efectuada esta tarea, analizaremos los **posibles objetivos** de la denominada Defensa Nacional. Esto nos permitirá comprobar en qué forma dichos objetivos hacen referencia, o quedan afectados, por las funciones encomendadas por nuestra Constitución y nuestro Ordenamiento Jurídico Ordinario a las F.A.S. y a los C.C. y F.F. de Seguridad del Estado.

En la medida en que tales objetivos de Defensa Nacional se relacionan, directamente, con las misiones legales propias de cada una de dichas Instituciones, cabrá hablar de una **posible y debida coordinación**, sobre el particular, entre las F.A.S. y tales C.C. y F.F.

La materia que intento desarrollar, aquí y ahora, puede, pues, ser sistemáticamente, distribuida así:

- El concepto de Fuerzas Armadas. Su composición, La situación, dentro de este espacio, del Cuerpo de la Guardia Civil.
- Las funciones de las F.A.S.
- El concepto de C.C. y F.F. de Seguridad del Estado. Su naturaleza jurídica, su esquema orgánico y sus funciones características.
- Concepto de Defensa Nacional. Sus fines.
- Los objetivos para el logro de la Defensa Nacional: Las Administraciones concretas para su realización.
- Las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ante los objetivos de la Defensa Nacional.
- Coordinación de las F.A.S. y de los C.C. y F.F. de Seguridad del Estado a la vista de posibles misiones comunes o compartidas en el campo de la **protección de objetivos de Defensa Nacional**.

II. EL CONCEPTO DE FUERZAS ARMADAS: SU COMPOSICION. LA SITUACION, DENTRO DE ESTE ESPACIO, DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL

Para saber qué son las Fuerzas Armadas, parece necesario dilucidar, antes de nada, cuál pueda ser su **naturaleza jurídica**.

Pues bien, desde este punto de vista, existe una doble corriente doctrinal a la hora de interpretar el contenido que, sobre aquélla, ofrece el Ordenamiento Jurídico español. Me refiero concretamente, por una parte, a la conceptualización de las F.A.S. como **institución estatal de índole constitucional** y, por otra, como un **sector componente de la Administración Pública**.

La **primera** orientación es defendida, entre otros, por F. Trillo-Figueroa, López Garrido y Serrano Alberca.

Para Trillo-Figueroa, las F.A.S. han de ser consideradas como Institución (Institución del Estado para la Defensa Nacional y en la que se engarzan el pueblo y los ejércitos bajo la Jefatura de la Corona) (1).

La naturaleza jurídica de las FAS respondería, pues, a un carácter institucional porque los datos recogidos en todo nuestro ordenamiento jurídico (empezando por el constitucional) obligarían a afirmar que aquellas revisten el carácter de Institución tal como esta figura ha sido diseñada por los autores clásicos en esa materia (por ejemplo Hauriou y Santi Romano) (2). De acuerdo con el autor que ahora mencionamos, tales notas de institución, en efecto, estarían recogidas en nuestra Carta Magna. Así, en el art.8 de ésta se atribuye a las Fuerzas Armadas **una tarea propia e irrenunciable**: la de hacer posible la Defensa Nacional (art. 8,1. CE) aunque integrando a esta misión, sin menoscabo del

(1) F. TRILLO FIGUEROA: Las Fuerzas Armadas en la constitución española, en Rev. de Est. Polit. 12 (1979) p. 111.

(2) Así M. HAURIOU, afirma que son notas constitutivas de la institución: Una idea de fin, que consiste en la realización de una determinada obra o proyecto orientada al beneficio, en mayor o menor extensión, de la comunidad. Un grupo organizado (en general jerárquicamente) para llevar a cabo la idea-fin. Y, en último término, las manifestaciones de comunión que se producen alrededor de la idea-fin entre los componentes del grupo organizado. Comentando la razón de ser de las instituciones el autor de referencia reflexiona: *Las instituciones responden a necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose parasitarias; en este caso, la confianza del público se aparta de ella lentamente. Si sobreviven algún tiempo, es en virtud de la velocidad adquirida, pero se encuentran en trance de reforma o de supresión.*

Las ideas que sirven de soporte a las instituciones pueden conformarse más o menos a la verdad y a la justicia ideales. Ya sabemos que hay unas ideas objetivas buenas y otras malas, porque el mal existe objetivamente con relación al bien; hay igualmente ideas justas e ideas injustas, ideas verdaderas e ideas falaces. El mundo de lo inteligible se encuentra también turbado por la contradicción. Como estas creencias —que son las creencias cristianas, base de nuestra civilización— constituyen el cimiento más profundo de nuestras conciencias las instituciones sociales no nos parecen soportables más que si, de acuerdo con lo que es o debe ser nuestra orientación personal, se orientan en una medida suficiente hacia la verdad moral y hacia la justicia.

Ninguna institución social que se apoya sobre el sentimiento del público puede durar si se encuentra en fragante contradicción con la verdad moral y la justicia. Si el medio social no es en modo alguno creador, si es, por lo tanto, incapaz de engendrar una Moral, es en cambio conservador de la Moral, cuya revelación ha recibido, y reacciona con fuerza contra todo lo que la contraría. Si hay organizaciones y sociedades secretas y si se creen obligadas a permanecer en esta situación, es porque no osan afrontar la reacción del público, y, por consecuencia, porque sus miras y sus ardidés no son conformes a la verdad y a la justicia.

La conformidad de una institución social con la verdad moral y la justicia es, por lo demás, susceptible de una infinidad de grados, porque los postulados de la Moral y de la justicia poseen en lo que se podría llamar una abertura angular. *Principios de Derecho Público y Constitucional*; Edit. Reus, Madrid, 1927, pp. 90 y ss. incluida nota (1).

protagonismo de aquéllas, a la totalidad de la ciudadanía, porque todos los españoles *tienen el derecho y el deber de defender a España* (art. 30.1 de la CE). Dentro de este artículo están, precisamente, las obligaciones **militares** de los españoles (art. 30.2).

En segundo término, para llevar a cabo esta defensa nacional el mismo art.8 de la CE, en su número 2., apuntará a la presencia de un poder organizado que sin salirse, como no podría ser de otra forma en un Estado Social y de Derecho, del ámbito de los tres poderes fundamentales, se le otorga, sin embargo, una entidad específicamente unitaria (organización militar, regulada por ley orgánica, conforme a los principios constitucionales) bajo la dirección, unipersonal, del Rey, a quien, según el art. 62,h) de la CE, corresponde: El mando supremo de las Fuerzas Armadas (3).

La misma organización militar, recogida en el precepto de referencia, supondría, por su propia naturaleza, un estatuto de derechos y deberes inherentes a los miembros de la Institución y unilateralmente impuesto.

Todo ello, bajo el imperio de un ordenamiento jurídico propio: el Derecho Militar.

El carácter constitucional de ser institución se derivaría, obviamente, por estar recogido por el mismo texto constitucional.

(3) No entro, ahora, a abordar el carácter, real o simbólico, del mando supremo del Rey con respecto a las FAS. Parece que ha de ser considerado como simbólico porque como afirma López Ramón: *La aplicación específica de la teoría general del referendo a la atribución regia del mando supremo de las Fuerzas Armadas hace también que la doctrina mayoritaria española considere que esa atribución es de carácter simbólico, representativo, honorífico, expresión de una autoridad moral.*

Estas concepciones tienen incluso apoyo constitucional explícito en la atribución al Gobierno del poder de dirección de la Administración militar y de la defensa del Estado (art. 97). Ese poder de dirección no se encuentra constitucionalmente limitado, de modo que comprende también el poder de mando efectivo sobre las Fuerzas Armadas. (*La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*; C. de Est. Constit. Madrid, 1987, pp. 360-361).

Esta parece ser que ha prevalecido, por lo demás, en la Ley Orgánica 1/1984 de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. Esto parece deducirse claramente de su art. octavo: "1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas. 2. También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar. 3. Asimismo, el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos".

Semejante orientación es la seguida, asimismo, por Serrano Alberca (4).

López Garrido afirma el carácter institucional de las FAS, siguiendo una metodología prevalentemente sociológica (5), al modo que ya iniciaran autores como Max Weber (6).

No parece, sin embargo, que sea esa orientación institucional la recogida en nuestra Constitución.

Partiendo de que, en una correcta interpretación de un texto, ha de seguirse la regla de sentido común según la cual ha de interpretarse lo oscuro por lo claro (y no al revés), puede asegurarse, con mucha más probabilidad de acierto, que ha de irse a la teoría de que las FAS son una parte de la Administración del Estado. Todo esto siempre, claro está, que no se incluya, en este círculo, la otra cara de la realidad: la existencia de Tribunales Militares estrechamente conectados con las funciones encomendadas a aquéllas. Pero circunscritos, indubitablemente, al poder jurisdiccional (art. 117.5 de la CE) ya que, en tal precepto constitucional, ha quedado consagrado el principio de unidad de jurisdicción.

Como advierte Casado Burbano, ... *la inclusión de esta norma dentro del Título VI de la Constitución, o Del poder judicial, nos demuestra que la naturaleza o carácter de la actuación de los tribunales militares es concebida como el ejercicio de una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa. Dentro de esa identidad sustancial de toda verdadera jurisdicción se reconoce, eso sí, la necesidad de un tratamiento diferenciado que deberá regularse por normas con rango de Ley* (7).

La otra dimensión (la no jurisdiccional) conectada con las Fuerzas Armadas parece que sí debe ubicarse dentro de la Administración pública estatal. El artículo 97, inserto en el Título IV de nuestra Super-Ley (*Del Gobierno y de la Administración*) prescribe que: *El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.*

En la línea de este entendimiento obvio y literal del precedente precepto constitucional, la Ley 10/1983 de 16 de agosto, de Organización de la

(4) J.M. SERRANO ALBERCA: *Comentarios al art. 8 de la Constitución*; en Vol.Col. *Comentarios a la Constitución*, dir. de F. Garrido Falla; Edit. Civitas, Madrid, pp. 116 y ss.

(5) Para las notas de institución según las CC. Sociológicas, puede verse: F. Munné: *Grupos masa y sociedades*, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1979; tercera ed. pp. 100 y ss.

(6) M. WEBER: *Economía y Sociedad*, Fondo de C. Económica, México.B.Aires. 1964, tomo I, pp. 18-45.

(7) P. CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*; Edit de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1986, pp. 84-85.

Administración Central del Estado, incluye dentro del espacio de esa Administración Central, según el art. 1º, 1, tanto a la Administración civil como la militar. Y, dentro de esta Administración Central, queda integrado el Ministerio de Defensa, como sede orgánica y funcional de la Administración militar.

El Ministerio de Defensa, como es sabido, absorbe por su parte, a los tres ejércitos (el de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire) (8) elementos componentes de las Fuerzas Armadas (art. 8.1 CE). Las Fuerzas armadas son, pues, una parte de la Administración público-central.

Esta distribución que acaba de hacerse es interesante (no trascendental ni a corto ni a medio plazo) para definir con precisión el *quid* jurídico de las F.A.S. Es interesante (repito que no a corto ni medio plazo) porque el situar a las Fuerzas Armadas dentro de una u otra categoría (institución constitucional o Administración pública) conlleva o niega, respectivamente, la posibilidad de aplicar la llamada **garantía institucional**.

El reconocimiento de las FAS como institución, amparada constitucionalmente, e inserta en el Título preliminar de la Carta Magna, supondría, en virtud de aquella garantía, el que las Fuerzas Armadas deban ser estimadas como uno de los elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional. Y aunque, como dice el mismo Tribunal Constitucional, las normaciones que protegen a tales instituciones no siempre se aparecen en el mismo texto constitucional (esto se reserva para las instituciones supremas del Estado), sino que quedan remitidas al legislador ordinario, a éste se le fija el límite de escrupuloso respecto al núcleo esencial de la institución (municipio, provincia, Fuerzas Armadas en su caso...) que la constitución garantiza.

Porque, como advierte el Alto Tribunal citado: *Por definición, (...) en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.*

Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de ruptura clara y neta con esa imagen común-

(8) A este respecto, Ley 6/1980 de 1 de julio arts. 23 y ss.; Real Decreto 1/1987 de 1 de enero, por el que se determina la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

mente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace (9).

Esta garantía institucional, sin embargo, de ser aplicable aquí, no parece que debiera infundir ningún peso específico en las pautas jurídico-prácticas de dicha organización militar. Y es que, como dice Blanco Valdés: *La polémica es no sólo confusa desde el punto de vista teórico ... sino, además, casi irrelevante desde el punto de vista práctico, es decir, el de la concreta interpretación jurídico-constitucional.*

Y ello por dos razones: en primer lugar, porque, sin excepciones, todos los autores que se han preocupado del tema, bien defendiendo la tesis administrativa o bien la tesis institucional, deducen muy similares consecuencias en lo que se refiere a la posición constitucional de las Fuerzas Armadas, a saber, la de su estricta subordinación a los máximos órganos políticos del Estado: Gobierno y Cortes (10).

Sea como fuere, lo cierto es que, una vez advertida la polémica en torno a la naturaleza jurídico-constitucional, podemos ya definir, de alguna forma, el concepto de Fuerzas Armadas, inclinándonos, preferentemente, por su carácter de sector administrativo *versus* su carácter de institución. Pero sin adoptar, en ningún caso, actitudes dogmáticas.

Expresado esto, decimos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, ha de entenderse por Fuerzas Armadas: **El sector nuclear de la Administración militar del Estado destinado por la Constitución y el resto de las normas jurídicas, como misiones esenciales, a garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.**

Composición de las Fuerzas Armadas

Es el ya citado art. 8.1 de la CE. el que expresa que las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire.

¿Es éste un esquema orgánico *clausus*? Una interpretación literal podría conducirnos a pluralidad de interpretaciones.

Tanto a una interpretación cerrada como a una interpretación expresiva de la mera realidad actual (los Ejércitos que, actualmente son tres, tienen como misión etc.). Admitiéndose, con esta última, una interpretación dinámica.

(9) Así, la Sent. del T.C. 32/1981 de 28 de julio, Fund. Jur. 3°.

(10) R.L. BLANCO VALDES: "La Ordenación Constitucional de la Defensa"; Edit. Tecnos, Madrid, 1988, p. 67.

Que es la que parece que debe hacerse teniendo en cuenta que una Constitución moderna ha de estar abierta a la asimilación (sin reforma) de futuros acontecimientos de carácter político, social, económico y científico. Estos acontecimientos podrían perfectamente exigir una amplitud estructural.

Desde este punto de vista, nos parece correcto el comentario de López Ramón: No parece lógico pensar que el texto fundamental haya cerrado las puertas a las innovaciones de la orgánica militar que puedan ser requeridas en el futuro. Una Constitución decimonónica, por ejemplo, nunca hubiera mencionado el Ejército del Aire (11).

El Cuerpo de la Guardia Civil y las FAS

En un plano hipotético y de mero futuro, el Cuerpo de la Guardia Civil parece que podría ser integrado (de acuerdo con las razones precedentes) en el cuadro orgánico de las FAS, con las correspondientes consecuencias funcionales.

En la actualidad, sin embargo, la Guardia Civil no es Cuerpo integrante de las Fuerzas Armadas. Es un Instituto armado de naturaleza militar (art. 9,b) y 15.1) de la L.O. 2/1986. Clase de Instituto cuya existencia admite nuestra Constitución, en su Art. 28.1, al afirmar que la ley podrá limitar o exceptuar del derecho de libre sindicación a las Fuerzas o Instituto armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar.

Pero, repetimos, no es elemento integrante de las FAS. El art. 1,3. de la Ley 17/1989 de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional lo explicita claramente, al distinguir, nominátiim, entre Fuerzas Armadas y Guardia Civil en los supuestos de adquisición de la condición militar.

La condición militar la adquieren quienes con una relación de servicios profesionales se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil

El Cuerpo de la Guardia Civil no pertenece a las FAS, pero no está sustraído a la administración militar ubicada en el Ministerio de Defensa, porque, según el Art. 4,2 de la precitada Ley 17/1989: "Las competencias que en esta Ley se atribuyen a los órganos superiores de la función militar se ejercerán respecto a la Guardia Civil sin perjuicio de lo que, conforme a la legislación vigente, corresponda al Ministerio del Interior, al Director General de la Guardia Civil y a los órganos propios de este Instituto".

El Art. 14.3 de la L.O. 2/1986 dispone, por su parte, que *El Ministerio de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal*

(11) LOPEZ RAMON: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*; Centro de Est. Constitucionales, Madrid, 1987, p. 308.

El Ministro de Defensa tendrá, también, parte (en unión del Ministro de Interior) en lo relativo a disponer sobre selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial de los miembros de este Cuerpo (Art. 14.2 de L.O. 2/1986)

La decisión de **separación** del servicio, por sanción, la toma, también, el Ministro de Defensa (art. 15.1 de última norma citada).

La Guardia Civil es, pues, un **Cuerpo Militar** fuera del esquema orgánico de las FAS; pero con el mismo grado de profesionalización castrense que aquéllas. Por eso, los miembros de la Guardia Civil *están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares...* (art. 4.3 de Ley 17/1989).

La organización de este Cuerpo, por tanto, cae sustancialmente, *dentro de las fronteras de la administración militar*, siendo marginal la afectada por los principios de la Administración Civil y que hace referencia a la dependiente del Ministerio del Interior. (art. 14.1 L.O. 2/1986).

Pero si la preponderancia orgánica es clara a favor del Ministerio de Defensa, *la vertiente funcional* de la Guardia Civil está sometida, en gran parte, a las competencias del Ministro del Interior porque, según hace constar el Preámbulo de la L.O. 2/1986, la Guardia Civil, *como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sean en el ámbito judicial o administrativo.*

Esta afirmación es totalmente congruente si tenemos en cuenta que los CC. y FF. de Seguridad del Estado (y la Guardia Civil lo es, según el Art. 9º de la L.O. 2/1986) tienen encomendadas, tanto por la Constitución (arts. 104 y 126) como por el ordenamiento jurídico ordinario (Arts. 11;12;29;30-36 de L.O. 2/1986; 443 y ss. de L.O. 6/1985...), misiones tan amplias y tan trascendentales, de carácter civil, que no podría ser de otra manera.

Expresamente, la L.O. 2/1986, en sus arts. 9º, b) y 14.1, prescribe, sobre este particular que: *El Ministerio del Interior dispondrá todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por dicha Ley.*

Todo esto, *en tiempo de paz*, porque, *en tiempo de guerra*, y *durante el estado de sitio*, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministerio de Defensa (art. 39 de la L.O. 6/1980).

También dependerá, de forma exclusiva, del Ministerio de Defensa, aún en tiempos de paz, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que ese Ministerio o el Gobierno le encomienden. (art. 9º b) de L.O. 2/1986 y Art. 38 de L.O. 6/1980). El problema aquí está en delimitar, de forma adecuada, cuá-

les puedan ser esas *misiones de carácter militar* sin invadir el campo de las Fuerzas Armadas (Volveremos, después, sobre este punto).

III. LAS FUNCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS

A la hora de analizar las misiones o funciones atribuidas a las FAS, hay que ir a los dos planos de nuestro Ordenamiento: al plano constitucional y al plano del ordenamiento jurídico ordinario.

1. Las funciones de las FAS en el plano constitucional

Están recogidas tales funciones en el ya citado art. 8.1. de la CE, que atribuye a las FAS *la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*.

El examen del presente contenido parece permitir el discernimiento de dos dimensiones diversas en las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas.

En primer lugar, defender a España frente a los agresores de su soberanía, de su independencia y de su integridad territorial.

Los dos primeros frentes hacen referencia, por su propia índole, a enemigos externos (Estados, organizaciones armadas exteriores...) El tercer frente (la defensa de la integridad territorial) tiene carácter mixto, ya que puede constituirse tanto por enemigos externos al Estado español como por grupos o entidades integrantes del mismo (Provincias, Autonomías, colectivos, de corte separatista).

En cuanto al cuarto objetivo, garantizable por las FAS, parece decir relación, de forma casi exclusiva, a potenciales agresores de carácter interno. Decimos de forma casi exclusiva, porque podría darse el caso de injerencias de Estados extraños con el fin, por ejemplo, de romper la unidad de España en favor, *v. gratia*, de Autonomías (del Estado español) de cuño secesionista. Claro que, en estos supuestos, se estaría, también, en alguno de los tres casos primeros o, incluso, en los tres conjuntamente.

Por tanto, a la vista de lo que acabamos de exponer, cabe distinguir dos dimensiones en la garantía defensiva de las FAS:

- Defensa de la patria frente al exterior.
- Defensa de España frente al interior.

Defensa de la patria frente al exterior

El texto constitucional utiliza dos términos para expresar las misiones de las FAS: garantizar y defender.

- Han de *garantizar* la soberanía e independencia de España.
- Han de *defender* la integridad territorial y el ordenamiento constitucional de aquélla.

Garantizar es hacer o hacerse responsable de que algo ocurra o no ocurra. Aquí, el ordenamiento constitucional hace responsables a las FAS de que la soberanía y la independencia de España permanezcan intactas.

Dejando a un lado las numerosas teorías existentes en torno al concepto de *soberanía*, aquí ha de entenderse como suprema capacidad o potestad del pueblo español (constituido en Estado nacional) para seleccionar, dirigir, mantener o modificar su propio proyecto de vida en común.

Independencia equivale a ausencia de subordinación o sometimiento a otro u otros. Una nación es independiente cuando puede usar, libremente, de su soberanía.

Defender es oponerse a algo o a alguien para impedir que una situación, cosa o persona, sufran deterioro o detrimento.

El objeto de defensa, aquí, como queda dicho, es, en primer lugar, la *integridad territorial* de España. Como apunta Blanco Ande, esta misión incluye:

- "a) Impedir que la superficie geográfica, que conforma el actual Estado español, resulte absorbida por otra u otras potencias, o por una organización internacional.
- b) Mantener incólume el actual espacio configurador de España. Esta misión significa, que si otra u otras Potencias, o Ligas, se adueña de parte de nuestro territorio, corresponde a nuestros Ejércitos la obligación de recuperar la posesión del mismo, expulsando a las fuerzas invasoras.
- c) Dicha obligación de defensa de la intangibilidad del territorio, se extiende no sólo a todo el territorio peninsular e insular, sino también a los espacios geográficos de las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla, reconocidos en la Constitución como parte integrante del Estado español. La Disposición transitoria quinta, determina que: *Las ciudades de Ceuta y Melilla, podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una Ley Orgánica, en los términos previstos en el artículo 144*" (12).

(12) J. BLANCO ANDE: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*; Ed. Dykinson, Madrid, 1987, p. 162.

Defensa de España frente al interior

Podría caer, también, dentro, de este espacio, la defensa de la integridad territorial. Serían los supuestos, como ya ha quedado advertido, de secesión de alguna o algunas autonomías, provincias... Aunque hay que convenir que, aquí entraría en escena, por su propia naturaleza, el ataque a la unidad de España, lo que integraría también, por ello, una agresión al ordenamiento constitucional.

Por tanto, la misión, en el interior, de las Fuerzas Armadas, tal y como se prescribe en la Carta Magna, queda circunscrita a la defensa del ordenamiento constitucional. Es decir, del conjunto de instituciones, derechos, deberes, de valores y principios jurídicos, positivizados en nuestra legalidad suprema, y fundante de la legalidad ordinaria.

La defensa del ordenamiento constitucional consiste —como escribe el precitado autor, Blanco Ande—:

...en que las FAS se comprometen no sólo a respetar y acatar lo que la Lex Suprema determina, sino también a tutelar frente a terceros el cumplimiento escrupuloso de la misma. Las Fuerzas Armadas son así garantes del mandato constitucional, de los principios que la informan, de los derechos y libertades públicas que se reconocen, de los deberes que se imponen, etc. Son garantes del sistema político que la Constitución preconiza: la democracia parlamentaria. Son garantes de la forma de Estado: la Monarquía parlamentaria. Son garantes del pluralismo político y sindical. Son garantes pues, del respeto del sistema político constitucional que libremente se ha dado el pueblo español, a través de sus legítimos representantes en las Cortes españolas.

Esa defensa del ordenamiento constitucional y por ende de las instituciones y órganos que la misma explicita, supone por parte de las FAS, el compromiso de rechazar cualquier intento de conculcación o vulneración de la misma. Las Fuerzas Armadas al apoyar la Constitución, al defender su ordenamiento, no pueden aceptar más reforma de las misma, que no sea a través de los propios cauces, que la Carta Magna prevé en el título X (13).

Ha de hacerse hincapié, a este respecto, que el ordenamiento es un todo orgánico y, por lo mismo, inescindible desde su trabada lógica jurídica (14). No hace al caso, por eso, especular sobre si ha de tratarse de todo o de parte de ese ordenamiento. Ha de recalarse, eso sí, que debe tratarse no sólo del mero quebrantamiento del ordenamiento constitucional, sino de pretender modificarlo, sustituirlo o suprimirlo por vías ilegales.

(13) Autor y obra ant., pág. 177.

(14) E. GARCIA DE ENTERRIA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pp. 9 y ss.

Los medios a emplear por las FAS para conseguir los objetivos precedentes

Garantizar o defender ese conjunto de objetivos, que acabamos de describir, no sólo se defienden con armas. Pero, tampoco, sin el uso estratégico y táctico de las mismas. Es decir, sin el empleo de las armas "modo militar". En virtud de eso, precisamente, la Ley 85/1978 de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, expone, en su artículo 3º que: La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España...

La estimación de las situaciones de agresión y la iniciativa en la respuesta

Ya hemos dicho que las Fuerzas Armadas son parte de la Administración del Estado (administración militar). Si ello es así, no puede perderse de vista que uno de los principios constitucionalizados es el de jerarquía de la Administración. (art. 103 de la CE). Por su parte, el art. 97 de la misma Carta Magna dispone que es el Gobierno el que "dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y militar y la defensa del Estado".

Sin olvidar las competencias que las Cortes poseen en este ámbito trascendental (arts. 114 y 116 de la CE). A aquél imperativo constitucional responde, precisamente, el artículo octavo de la L.O. 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la L.O. 16/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, que prescribe:

1. *Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas.*

2. *También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar.*

3. *Asimismo, el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos.*

Teniendo en cuenta los precedentes argumentos es totalmente congruente la reflexión que, a este respecto, nos ofrece López Ramón: *De cualquier manera, queda claro que las propias Fuerzas Armadas carecen de toda autonomía para decidir el cumplimiento concreto de las misiones enumeradas por el artículo 8.1 de la Constitución. Y ello, tanto en sentido positivo como negativo.*

En efecto, las Fuerzas Armadas no pueden negarse a cumplir la voluntad expresada por el órgano político al que corresponde el poder de disposición

sobre ellas. Ni siquiera al socaire de una posible distorsión entre el contenido de esa voluntad y las misiones constitucionalmente asignadas a los ejércitos. Por la sencilla razón de que, sean cuales sean los medios existentes para controlar la debida adecuación entre tales extremos, es seguro que ninguno está atribuído a la apreciación de las propias Fuerzas Armadas.

Ese planteamiento no queda en modo alguno excepcionado por la previsión del art. 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas —que concuerda con el art. 21 del Código Penal Militar—. El precepto, recuperando la tradición de la primera Ley Constitutiva del Ejército de 1821, de la que se trató en el capítulo tercero, introduce un límite expreso al deber de obediencia de los militares:

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.

El límite al deber de obediencia no está previsto para las Fuerzas Armadas como institución, sino con referencia a sus componentes individuales, cada uno de los cuales asume la grave responsabilidad de su acción y omisión (15).

Lo que acabamos de exponer vale, asimismo, para el *estado de sitio*, ya que el art. 116, 4. de la CE dispone que *El Estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno*. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

Otras funciones no especificadas de las FAS

Las funciones descritas en el Art. 8.1. de la CE son las misiones típicas de las Fuerzas Armadas. Aquéllas que, afectando sustancialmente, a la seguridad del Estado, requieren una defensa armada, planificada y dirigida militarmente.

Existen otras funciones, sin embargo, que el ordenamiento jurídico ordinario hace accesibles, también, para las FAS. Se trata de misiones de carácter no militar, que se dan fuera de situaciones bélicas y de la declaración de estado de sitio. Entre ella cabe enumerar:

Las que, a solicitud de las autoridades competentes (las Autoridades Civiles) consistan en colaborar, por parte de las FAS, en el ámbito de la protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen, cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija (16).

Referencia a estas posibles funciones la hace, también, el art. 22.1, de la L.O.6/1980, de 1 de julio que manifiesta: *Las Fuerzas Armadas, a requerimiento*

(15) F. LOPEZ RAMON: Obra cit. p. 326.

(16) Art. 2,2 de la L.O. 2/1985, de 21 de enero de Protección Civil.

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 intervención de las F.A.S. con carácter **subsidiario** y **auxiliatorio** de los C.C. y F.F. de Seguridad, durante el **estado de excepción** (declarado de acuerdo con el artículo trece de la L.O.4/1981, de 1 de junio).

Creemos que esta última intervención podría jurídicamente darse cuando la misma revistiese las notas de:

1. Ni táctica ni estratégicamente militar, porque, en principio, estas características no se requerirán en circunstancias meramente exigentes de tal estado.

2. Simplemente **auxiliatoria** de los C.C. y F.F. de Seguridad, cuando no estén capacitados plenamente para ser eficaces en semejante situación. Por ejemplo, por carencia de efectivos suficientes.

3. Solicitada y coordinada, en todo caso, por el Ministerio del Interior y no por el de Defensa.

Sería preferible, sin duda alguna, esta intervención a tener que declarar el "estado de sitio", donde los derechos de los ciudadanos quedarían más limitados. (Entraría aquí, pues, en juego el principio, implícitamente constitucionalizado, de proporcionalidad y ponderación de intereses) (17).

(17) Esta posibilidad es apuntada, también por autores como Manuel Ballbé: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1913)*; Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 463. No puede olvidarse, por lo demás, que no parece existir base legal categórica que obligue al Gobierno a hacer intervenir, tan sólo, a las Fuerzas Armadas cuando se hubiese declarado el estado de guerra o el estado de sitio. Nos parece, por ello, certeras las observaciones de López Ramón: *El sistema constitucional no parece, sin embargo, proporcionar una base segura para reconducir las misiones de las Fuerzas Armadas a los supuestos del estado de sitio o de guerra. Sin duda, en tales situaciones formalmente declaradas, el Ejército interviene, aunque tal intervención no está explícitamente prevista en el artículo 116.4 de la constitución, que remite la determinación del ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio al acto mismo del Congreso que lo declara. Pero, en todo caso, además de que las Fuerzas Armadas intervengan para el cumplimiento de las misiones encomendadas por el artículo 8.1, de la Constitución permanece abierta, en manos de la autoridad política a quien corresponde la disposición efectiva de los ejércitos. Esa es la única solución coherente con el contenido del texto constitucional, que no encauza necesariamente por la vía del estado de sitio o la declaración de guerra el uso de las Fuerzas Armadas. Enumera misiones de las Fuerzas Armadas, misiones que éstas llevan a cabo en la forma decidida por el órgano político que puede disponer de ellas.*

La enumeración de misiones contenidas en el artículo 8.1 de la Constitución, opera así limitativamente sobre la capacidad de decisión del órgano político al que se atribuye el poder de disposición de las Fuerzas Armadas; órgano que en principio parece ser el Gobierno, ex artículo 97 de la Constitución. Las misiones enunciadas limitan tal capacidad de decisión sólo en cuanto conforman criterios materiales, no imponiendo un determinado procedimiento (Obr. cit., pp. 324-325).

IV. EL CONCEPTO DE C.C. Y F.F. DE SEGURIDAD DEL ESTADO. SU NATURALEZA JURIDICA, SU ESQUEMA ORGANICO Y FUNCIONES CARACTERISTICAS

No existe, en nuestro ordenamiento jurídico (cosa lógica, por otra parte) una noción explícita de C.C. y F.F. de Seguridad. Para lograrlo, por ello, hay que ir a un trabajo de análisis y de síntesis de los datos que, sobre este particular, nos ofrece dicho ordenamiento.

Pues bien, empezando por la legalidad constitucional, podemos percibir cómo nuestra Carta Magna hace referencia a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de la siguiente manera.

En el art. 104, se recogen las funciones de dichos C.C. y F.F. Estos, *bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

Se trata, en realidad, de defender la eficacia constitucional posibilitando, adecuadamente, el ejercicio de derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos en la Carta Magna. Se trata, desde luego, de crear y mantener el clima propicio donde dicho ejercicio sea lo más próximo posible a la connaturalidad. Todo ello va a depender, precisamente, de que se garantice la seguridad ciudadana, sobre todo a través de vías preventivas, ya que la represión supone previo quebranto de esa seguridad.

La función **represiva** de los C.C. y F.F. de Seguridad está incluida en el art. 126, donde se señala que: *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.*

En la misma Constitución, por lo demás, se encuentra la base del complejo modelo policial español, al añadir a la existencia de C.C. y F.F. de Seguridad del Estado (las que están bajo la dependencia del Gobierno, tal como se expresa el ya citado art. 104), la posible presencia de Policías Autonómicas y Locales de acuerdo, con el contenido de su art. 148, 1., 22º: *Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.* Contenido completado por el nº 1,29ª, del 149.

El ordenamiento jurídico ordinario ha desarrollado, en gran parte, los preceptos constitucionales precedentes.

El art. 104.2 de la Constitución lo ha sido por la L.O 2/1986 de 13 de marzo, al recoger en efecto, el mensaje de aquél: *Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

Viniendo a lo que ahora nos importa, esta Ley determina, en primer lugar, la composición de aquéllos. Según su Art. 9 **existirán** Fuerzas y CC. de Seguridad del Estado, integrados por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. Podrán existir Cuerpos de Policía dependientes de la Comunidad Autónoma que, teniendo capacidad legal de crearlos, los cree (arts. 37 y ss.). También los Municipios **podrán crear** Cuerpos de Policía propios de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica que comentamos, la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autónoma. (art. 51 y ss. de dicha Ley). En la misma línea, se pronuncia el art. 2º de ésta.

En cuanto al **esquema orgánico fundamental** (nos referimos sólo, ahora, a los Cuerpos y Fuerzas de ámbito estatal) ha de afirmarse que los CC. y FF. de Seguridad del Estado dependen del Gobierno. Si bien, descendiendo en la escala jerárquico-administrativa, y planteando la cuestión, de forma más inmediata, es al Ministro del Interior a quien corresponde el mando superior de estos CC. y FF., ya que a él le está atribuida la administración general de la seguridad ciudadana. (art. 10,1. de L.O. precedente).

No hace falta decir, porque ya ha quedado expuesto más arriba, que esta dependencia es absoluta con respecto al Cuerpo Nacional de Policía. No así con relación al Cuerpo de la Guardia Civil que depende, también, del Ministro de Defensa en los asuntos ya señalados.

El ejercicio del mando correspondiente al Ministro del Interior será ejercido, no obstante, bajo la inmediata autoridad de éste, por el Director de la Seguridad del Estado, *del que dependen directamente los Directores Generales de la Guardia Civil y de la Policía, a través de las cuales coordinará la actuación* de ambos Cuerpos. (art. 10.2. L.O. 2/1986)

En la administración periférica del Estado, concretamente en cada provincia, será el Gobernador Civil quien, con sujeción a las directrices de las Autoridades anteriores, ejercerá el mando directo de aquéllos. (art. 10.3. de L.O. precitada).

Naturaleza jurídica de estos CC. y FF.

No todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad poseen la misma naturaleza jurídica. Como ha quedado ya advertido, la Guardia Civil responde a las características de *Instituto Armado de naturaleza militar*. El resto de los Cuerpos (tanto el C.N. de P. como los Cuerpos de Policías Autonómicas y Locales) gozan de un estatuto de *carácter civil*, si bien atemperado por la presencia de ese concepto atípico (a ellos atribuido) que es el de *instituto armado*. (arts. 9º,a); 41,2; 52,1. de L.O. 2/86). *Atípico*, porque no puede olvidarse que *instituto armado* ha venido siendo sinónimo de organización militar. La misma Constitución, en su art. 28,1., deja entender esta última homologación al referirse a *Fuerzas*

o Institutos Armados y añadir a continuación: *O los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar*. De aquí que quepa interrogarse cómo podrán avenirse, si se ha de dar sentido a los dos extremos de la definición legal, los conceptos de *naturaleza civil* e *Instituto Armado*.

Las funciones de los CC. y FF. de Seguridad

De acuerdo con el espacio jurídico específico, compuesto sustancialmente por la L.O. 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; L.O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local; Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, desarrollante de las Unidades de Policía Judicial y, desde luego, los diversos Estatutos de Autonomía, cabe sistematizar dichas funciones del modo siguiente:

1. A los Cuerpos Nacional de Policía y Guardia Civil, en el ámbito preventivo les compete:

1.1. Atendiendo a un criterio de carácter territorial, como forma de distribución competencial. (art. 11 de la L.O. 2/1986):

- Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentran en situación de peligro por cualquier causa. (art. 11.b).
- Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicas que lo requieran. (art. 11.c).
- Velar por la protección y seguridad de altas personalidades. (art. 11.d).
- Prevenir la comisión de actos delictivos. (art. 11.f).
- Colaborar con los Servicios de Protección Civil en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de Protección Civil. (art. 11.i).
- Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia. (art. 11.h)

1.2. Desde un punto de vista investigativo y reparador:

Siguiendo *el criterio anterior* son funciones de ambos Cuerpos (Cuerpo Nacional de Policía y Cuerpo de la Guardia Civil):

- Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. (art. 11.g)

- Restablecer el orden público cuando hubiere sido quebrantado, por ser la tranquilidad, incluso la material, marco indispensable para la adecuada convivencia. (art. 11.e).

A la Guardia Civil y al Cuerpo Nacional de Policía les compete, también, dentro de este campo indagativo, ejercer con prevalencia (salvo lo que luego se dirá con respecto a algunas *policías autónomas*) **funciones de Policía Judicial Especial**.

La titularidad, de primer grado, en el desempeño de la misión indagativa o investigativa de los delitos cometidos, corresponde, en efecto, a las llamadas *Unidades de Policía Judicial* (art. 444 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio en relación con el art. 30.1, de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo). Estas Unidades estarán compuestas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil (art. 30.1, L.O. 2/1986 y art. 7 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio).

Estas funciones específicas se concretan en:

- a) Averiguar quiénes sean los responsables, así como las circunstancias de los hechos delictivos, detener, si procede, a aquéllos y dar cuenta seguidamente de lo actuado a la autoridad judicial y fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.
- b) Auxiliar a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
- c) Realizar, materialmente, las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.
- d) Garantizar el cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.
- e) Llevar a cabo otras funciones de la misma naturaleza que las anteriores, cuando sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal. (art. 445.1 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio).

Por su parte la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, que desarrolla, en sus arts. 29 y ss., el art. 444.2 de la Ley Orgánica precedente (*Por ley se fijará la organización de estas unidades de Policía Judicial y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros*), se limita a hacer referencia de tales funciones, suponiendo, implícitamente, que ya han sido definidas por el texto legal que las desarrolla y, por supuesto, por el art. 126 de la Constitución al que cita expresamente. (arts. 29; 31). Hace hincapié, sin embargo, esta norma legal, en que las funciones a desempeñar han de basarse en el principio de especialización, referida a la materia de investigación, pues se habla de *especialización delictual* (art. 30.1 y art. 32 de la misma Ley).

2. Competencias específicas de las Policías Autonómicas

Las competencias **específicas** de las Policías Autonómicas en general (existen las excepciones de las Disposiciones finales Primera, Segunda y Tercera de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo) son, según esta Ley (art. 38 y ss.):

- La vigilancia y protección de personas, órganos, edificios, establecimientos y dependencias de la Comunidad Autónoma y de sus Entes instrumentales, garantizando el normal funcionamiento de las instalaciones y la seguridad de los usuarios de sus servicios.
- La inspección de las actividades sometidas a la ordenación o disciplina de la Comunidad Autónoma, denunciando toda actividad ilícita.
- El uso de la coacción en orden a la ejecución forzosa de los actos o disposiciones de la propia Comunidad Autónoma.
- Con carácter prioritario (y, por supuesto, dentro de la propia Autonomía), vigilar los espacios públicos, proteger las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones humanas.

3. Por su parte, el Ordenamiento jurídico (L.O. 2/1986, art. 53) atribuye a las Policías Locales estas funciones:

- Proteger a las autoridades de las Corporaciones Locales y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones.
- Ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.
- Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.

¿Qué actitud ha de tomarse, entonces, por parte de los distintos Cuerpos de Seguridad ante la necesidad de desarrollar lo más satisfactoriamente posible sus funciones específicas? ¿Asumir la táctica de concebir esas funciones como departamentos estancos, exclusivos de cada Institución?.

Aún para esta clase de funciones, la L.O. 2/1986 sobre todo, insiste en que ha de adoptarse, por parte de cada Cuerpo, un talante de colaboración, porque la complejidad urbana y social exige que el ejercicio de dichas competencias haya de llevarse a cabo con medios dispares y complejos. Medios dispares y complejos que han de ser armonizados por los distintos Cuerpos de seguridad.

He aquí el mensaje de la misma Ley:

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ajustarán su actuación al principio de cooperación recíproca (art. 3º).

Dentro del régimen disciplinario se castiga *la falta de colaboración manifiesta con los demás miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (art. 27.3.k).

El art. 45 prescribe que *los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas deberán prestarse mutuo auxilio e información recíproca en el ejercicio de sus funciones respectivas.*

De forma más *concreta*, se dispone esta colaboración (para las Policías Autónomas) con relación a los Cuerpos y Fuerzas del Estado en los siguientes aspectos:

- Velar por el cumplimiento de las Leyes y demás disposiciones del Estado y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.
- Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el art. 29.2 de esta Ley. Es decir, con carácter colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de ámbito Nacional.
- También, con referencia al hecho de vigilar los espacios públicos, proteger las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones humanas.

El ejercicio de esta función corresponderá, con carácter prioritario, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando, bien a requerimiento de las Autoridades de la Comunidad Autónoma, o bien por decisión propia, lo estimen necesario las Autoridades estatales competentes (arts. 38.2.c) de la Ley Orgánica citada).

Esta misma colaboración se fija para las Policías Locales en estos supuestos (art. 53):

- Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad.
- Colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.
- Intervenir, en concepto de colaboración (art. 29.2 de la Ley Orgánica) en las funciones de Policía Judicial Especial, llevadas a cabo por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, elegidos a tales efectos.

Esta misma colaboración es exigida por la L.O. 2 /1986 a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de ámbito estatal, entre sí, cuando se trate de llevar a cabo funciones encomendadas a ambos Cuerpos como misión propia de cada uno.

De acuerdo con el Ordenamiento jurídico vigente, el Cuerpo Nacional de Policía tiene asignado, desde un criterio material, es decir, prevalentemente exclusivo o, en algunos, exclusivo:

- La expedición del documento nacional de identidad y de los pasaportes. (art. 12. a).
- El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros. (art. 12. b).
- Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión de extranjeros, emigración e inmigración (art. 12. c).
- La vigilancia e inspección de cumplimiento de normativa en materia de juego (art. 12 d).
- El control de las entidades y servicios privados de seguridad, vigilancia e investigación de su personal, medios y actuaciones (art. 12. g).
- La investigación y persecución de los delitos relacionados con la droga (art. 12.A.e).
- Colaborar y prestar auxilio a las policías de otros países en la investigación de los delitos y persecución y aseguramiento de los delincuentes, cuando así esté establecido en Tratados o Acuerdos Internacionales bilaterales o plurilaterales (art. 12.A.f).

Por lo que respecta al Cuerpo de la Guardia Civil, desde esta perspectiva tiene atribuído:

- Las competencias referentes a armas y explosivos, fijadas por la legislación vigente (art. 12.B.a).
- El resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar el contrabando (art. 12.B.b).
- La conducción interurbana de presos y detenidos (art. 12.B.f).
- La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran (art. 12.B.d).
- La vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en vías públicas interurbanas (art. 12.B.c).
- La persecución e investigación de los delitos de carácter fiscal y de contrabando, así como las infracciones penales relacionados con el tráfico en vías interurbanas, la conservación de la naturaleza y medio ambiente, recursos hidráulicos y forestales, con caza y con pesca (art. 12.B.b y e). La persecución y denuncia de las infracciones del ordenamiento jurídico referente a estas mismas materias, aunque no sean de carácter penal.

El concepto de Cuerpo y Fuerzas de Seguridad

Expuestos ya la naturaleza jurídica de los CC. y Fuerzas de Seguridad, su esquema orgánico, sus funciones características, puede ofrecerse ya un concepto de dichos CC. y FF.

En congruencia con los extremos analizados, decimos, pues, que ha de entenderse por CC. y FF. de Seguridad: *El sector de la Administración pública, parte civil y parte militar, destinado por la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico específico a proteger, bajo la dependencia del Gobierno o, en su caso, de las Autoridades de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, así como, en su caso, efectuar funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente bajo la dependencia, actualmente sólo funcional, de Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal.*

V. CONCEPTO DE DEFENSA NACIONAL: SUS FINES

1. El Concepto

El concepto de Defensa Nacional, tal como es concebido hoy, es una idea joven. Así es puesto de manifiesto, al menos, por los estudiosos del tema (18). Tal vez, por eso, el concepto de Defensa Nacional, que nos ofrecen los distintos autores no es plenamente convergente. Esta divergencia alcanza, por ejemplo, *al ámbito* a que debe extenderse dicha Defensa.

Existen autores para quienes la Defensa Nacional no abarca la puesta en marcha de los medios que permitan neutralizar las agresiones (sean de la naturaleza que sean) venidas desde el interior. La agresión, para ellos, ha de ser externa.

Así, en este sentido, Fernández Espeso, afirma: *Como función la defensa nacional tiene las siguientes características o atributos: (...) La agresión procede del exterior. (...) Aclaremos lo anterior añadiendo que la nación puede tener problemas o dificultades de orden interno, incluso muy graves, de carácter violento. Pero semejantes supuestos no caen dentro del ámbito de la defensa, precisamente porque son internos. Uno no se defiende de sí mismo, sino de*

(18) Así, por ejemplo: G. SUAREZ PERTIERRA: Prólogo, a *Legislación sobre Defensa Nacional*; Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p.13.

otros. Los problemas internos de los individuos o de las naciones tienen sus remedios específicos, pero no por la vía de la defensa (19).

Suárez Pertierra parece adherirse, también, a esta orientación, al afirmar que la Defensa Nacional supone la *agresión exterior desde la concepción de España como unidad* (20).

Otros estudiosos de la cuestión, sin embargo, extienden el cometido de la Defensa Nacional a ambos extremos: a la agresión exterior e interior. ¿Qué objetivo primordial persigue la Defensa?, se pregunta Blanco Ande. Ante todo, la procuración de seguridad. La seguridad respecto tanto de una amenaza exterior como interior (21). Con la misma claridad, Blanco Valdés entiende que: *El concepto de defensa, entendida como actividad pública dirigida a la conservación del Estado, es uno de los conceptos recurrentes de la normativa jurídica actual. A través de él, el Estado expresa su posición soberana tanto en el ámbito de las relaciones internacionales, donde la defensa hace referencia a la conservación del territorio nacional y a la protección de la población respecto de agresiones exteriores, como en el ámbito interno, en donde la defensa se concreta en la conservación del propio ordenamiento jurídico estatal* (22).

Parece que hay que inclinarse en esta última dirección. ¿Por qué? Porque la seguridad nacional (tal como luego la definiremos), que ha de ser el criterio objetivo sobre el que se fundamente y se oriente la Defensa Nacional, no sólo puede ser puesta en peligro por agresiones externas contra sus habitantes y bienes..., sino también por agresiones nacidas en el interior (intentos de secesión de regiones, rebelión armada contra las instituciones, subversión, en general, del ordenamiento constitucional...)

La afirmación, por ejemplo, de Fernández Espeso, ya citada, *uno no se defiende de sí mismo, sino de otros*, esgrimida para apoyar su tesis de que las agresiones interiores no afectan a la Defensa Nacional, no posee demasiada consistencia. ¿Por qué? Porque no se puede confundir al Estado-Nación (con personalidad jurídica propia) con los individuos, los grupos de ciudadanos o, incluso, los entes territoriales que le integran. Y, si esto es así, es evidente que el *Estado-Nación* puede ser puesto en gravísimo riesgo (recuérdese los supuestos que, un poco más arriba se acaban de exponer) por elementos internos.

(19) C. FERNANDEZ ESPESO: *Defensa Nacional y Seguridad Nacional*; en Vol.Col. *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*; Ministerio de Educ. y Ciencia, Madrid 1986, págs. 798-799.

(20) G. SUAREZ PERTIERRA: *Prólogo*, aut. cit. p. 14.

(21) J. BLANCO ANDE: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, ya citada, p. 14.

(22) R. L. BLANCO VALDES: *La ordenación constitucional de la Defensa*, ya cit. p. 17.

En lo que sí coinciden prácticamente todos los estudiosos de este problema es, en primer lugar, en distinguir, con respecto al concepto de Defensa Nacional, dos planos diferentes, aunque íntimamente ligados: Defensa como actividad o función permanente y Defensa como organización o sistema organizado de carácter integrador.

Se incluyen, consecuentemente, en el mismo, las ideas de que el objeto de la Defensa Nacional está constituido por los grandes intereses en que la Nación, como tal, se identifica y reconoce. Que la Defensa Nacional es cosa de todos los ciudadanos (Defensa civil y militar). Que es imprescindible la existencia de órganos políticos de dirección y coordinación.

(...) La defensa aparece —escribe Blanco Valdés— como una actividad global que supera con mucho los dispositivos militares, para entrar en otras esferas materiales (la producción, la investigación, las relaciones exteriores, la política económica o el gasto público), lo que exige tanto la recurrencia a los muy diversos recursos sociales (humanos, económicos y materiales) que confluyen en una correcta y eficaz planificación de la misma, como el replanteamiento de la dirección de lo militar en el seno del Estado, replanteamiento tendente a residenciar esa dirección en manos de órganos políticos dotados de responsabilidad (23).

2. El concepto de Defensa Nacional en nuestro Ordenamiento

La Constitución española vigente hace referencia, más o menos explícita, a la Defensa Nacional en contadas ocasiones.

Concretamente, en el art. 30 (derecho y deber de todos los españoles de defender a España); en el art. 97 (dirección, por parte del Gobierno, de la Defensa del Estado), y finalmente, en el art. 149, 1, 4.º, donde se incluye, como una de las competencias exclusivas del Estado, la Defensa y Fuerzas Armadas. Si bien, como advierten algunos autores, otros preceptos constitucionales guardan una importantísima relación con el contenido de dicho concepto. Este sería el caso de los arts.: 2; 4; 8; 10; 14-19; 21; 27; 30; 97 y 116 (24).

Nuestra Carta Magna, no obstante (y no podría ser de otra manera) no delimita tal concepto.

Es, en la legalidad ordinaria, concretamente en la L.O. 6/1980 de 1 de julio, ya mencionada, donde se recoge, con cierta amplitud y precisión, la referida noción. Lo hace, fundamentalmente, en sus arts. 2.º, 3.º y 4.º, que hay que leer,

(23) R. L. BLANCO VALDES: Obra anter. pp. 18-19.

(24) Así, J. BLANCO ANDE, en obra cit. pp. 63 y ss, donde analiza el contenido de tales artículos con referencia a su incidencia en la Defensa Nacional.

al respecto, como complementarios. La concepción de Defensa Nacional nos la ofrece, de forma sustancial, el art. segundo donde se expone qué entiende la ley por aquélla y cuáles son sus finalidades primordiales. Dice así:

La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución.

Se trata, como puede percibirse, de un concepto de Defensa Nacional acorde, en líneas generales con los presupuestos, ya descritos, de la doctrina. Porque, como hace observar Suárez Pertierra, este artículo presenta a aquélla con caracteres esenciales como estos:

... Es una idea integradora en el sentido de que todos los elementos del Estado están implicados en ella. Cualquier reduccionismo la negaría, porque el elemento nuclear de la Defensa Nacional consiste en la articulación organizada de un interés común y, por ello, implica necesariamente a los ciudadanos en tanto que individuos, a la sociedad articulada a través de todos sus elementos constitutivos y a los poderes públicos. Esto supone que el interés a defender, desde esas bases, habrá de reunir la cualidad de ser un interés general. Quedan excluidos, por tanto, los intereses particulares o sectoriales, así como aquéllos que no toquen la idea de Nación. De ahí la implicación en el contenido conceptual de la Defensa Nacional de los elementos constitucionales de unidad, soberanía e integridad territorial (25).

No se hace mención expresa, en este precepto, del término de Seguridad Nacional, criterio objetivo y último al que la Defensa Nacional ha de servir. Pero esta seguridad está implícita, al nombrar los que han de ser los valores en que ella ha de fijarse de forma sustancial: hacer posible la unidad, soberanía, independencia de España, salvaguardar su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, con lo que se protege la vida de la población y, en general, los intereses de la patria.

Que esta relación suponga una homologación sustancial con el concepto de Seguridad Nacional viene a corroborarlo el artículo tercero de la misma Ley cuando, al disponer el principio básico regulador de dicha Defensa (*el principio de coordinación aplicable a la preparación, organización y ejecución de la misma*), asegura que todo ello está destinado, precisamente, a propiciar una efectiva seguridad nacional.

(25) G. SUAREZ PERTIERRA: "Prólogo...", ya cit. p. 14.

La precedente delimitación basilar de Defensa Nacional queda complementada con el art. 4.º, donde se describe el marco jurídico-político donde la defensa nacional debe quedar encuadrada y donde se mencionan los componentes antonomásticos que la informan y estructuran: La política de defensa y la política militar. En efecto. Según este último precepto:

La política de defensa, como parte integrante de la política general, determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos.

La política militar, componente esencial de la política de defensa, determina la organización, preparación y actualización del potencial militar, constituido fundamentalmente por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, teniendo en cuenta las posibilidades de la Nación en relación con la defensa.

Recalquemos, sin embargo, una vez más, que la Defensa Nacional no es, exclusivamente, defensa militar.

El Título II de la L.O. 6/1980 es reiterativa, y hasta contundente, a la hora de afirmar que las necesidades de la Defensa Nacional han de encontrar satisfacción en todos los recursos humanos y materiales, en todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza (arts. 14 y ss).

El art. 21 de la misma norma acuña, para comprender esta dimensión de la Defensa, el término de defensa civil, que define 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 todo tipo de catástrofes extraordinarias.*

Es esa una idea que queda recogida, de forma global, como ya hemos hecho constar, en la Ley 2/1985 de 21 de enero, de Protección Civil (26).

La Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional, por su parte, ofrece ya, en su Exposición de Motivos, el mismo *leitmotiv*:

La amplitud y complejidad, que pueden alcanzar los problemas de la defensa nacional exigen que el Estado oriente en todo tiempo hacia los fines de aquélla, no sólo la organización de las fuerzas armadas, sino también la de todas las actividades de la Nación aptas para cooperar directa o indirectamente a la consecución de sus objetivos.

Esta reflexión queda reforzada, al ser regulada en el art. 2º de la misma norma, que dispone que: *Pueden ser objeto de movilización las 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 art. 1º.* Es decir, con el fin de satisfacer las necesidades de la defensa nacional.

(26) A ella se refiere, precisamente, el art. 21, in fine, de la precitada L.O. 6/1980.

Concretamente, el precitado art. 1º dispone que la Movilización Nacional, en su triple vertiente (política, militar y civil), ha de abarcar:

- La movilización de las Fuerzas Armadas.
- La movilización humana.
- La movilización económica.
- La movilización sanitaria.
- La movilización de los medios de investigación científica y técnica.
- La movilización de los transportes.
- La movilización de las comunicaciones y medios de información (27).

3. Los fines de la Defensa Nacional

Al exponer el concepto de Defensa Nacional, hemos hecho ya mención a tales fines. Convendría, no obstante, explicitar, aún más, aquella exposición.

Como puede recordarse, enumerábamos como tales fines o valores o bienes o intereses a defender: la unidad, la soberanía, la independencia de España, la integridad de su territorio, el ordenamiento constitucional. En resumidas cuentas, la vida e integridad de las personas y los intereses de la Patria.

¿Agota esta descripción los llamados *Fines permanentes nacionales*, esas metas a conseguir y mantener perennemente tal como se deriva de nuestra Constitución?

Creemos que sí, porque algunos valores o fines defendibles por interés de la Nación, que no se citan de forma explícita, están allí implícitamente recogidos bajo la fórmula de preservación del ordenamiento constitucional.

Autores como Blanco Ande enumeran, *nominátim*, el conjunto de dichos *Fines Permanentes*, reduciéndolos a: La libertad, la justicia, la igualdad, el man-

(27) *En qué consiste la movilización, nos lo dice el art 7º de dicha Ley 50/1969. He aquí su contenido: Los servicios de Movilización adoptarán las medidas que sean necesarias para la adaptación ordenada, rápida y segura de los recursos movilizables del país. El conjunto de estas medidas constituye la movilización, la cual constará de dos fases: una de preparación y otra de ejecución. I. Preparación.- Los Servicios de Movilización han de efectuar en tiempo de paz, de una forma permanente, todas las operaciones que, en función de las directrices derivadas de la política nacional, sean precisas para: a) Conocer las necesidades de todo orden a los fines previstos en esta Ley. b) Conocer las posibilidades reales y potenciales de los recursos nacionales. c) Armonizar ambas, estableciendo un Plan General de Movilización y los Parciales derivados del mismo que fijen el ámbito de desenvolvimiento de cada Departamento. II. Ejecución.- Tiene por objeto la puesta en práctica de los Planes Generales o Parciales de Movilización, para proceder a: a) Movilizar total o parcialmente los recursos nacionales. b) Asignar, aplicar y controlar dichos recursos. La ejecución de todas o parte de estas medidas podrá tener lugar no sólo en las situaciones prevenidas en el artículo primero, sino también, por el tiempo indispensable, cuando se estime necesario con fines de instrucción.*

tenimiento de la unidad de la Patria, el respeto y la adhesión a la Bandera, la existencia y mantenimiento de las Fuerzas Armadas, la seguridad, la defensa de la Patria, la soberanía y la promoción del bien común (28).

Preservados todos estos valores, todos estos bienes fundamentales, se conseguiría una auténtica seguridad nacional, centro constante de referencia de cualquier política defensiva. Porque la seguridad nacional perseguible por un Estado Social y de Derecho, como es el nuestro, ha de consistir, en su forma ideal, en *aquella situación de vida, según fórmula del CESEDEN., en la que no existe amenaza alguna a la soberanía, ni a la integridad del territorio y sus habitantes; una situación en la que no existe atentado alguno contra el normal ejercicio de la autoridad, ni contra el funcionamiento adecuado de las instituciones; y una situación en que, tanto las actividades públicas, como las privadas, pueden llevarse a cabo, sin obstáculos que se opongan al logro de los más altos niveles de paz con libertad, prosperidad cultural, cívica, moral y económica* (29).

El problema está, como es manifiesto, en cómo llegar a esas cotas de seguridad o a límites que a ellas se aproximen.

A reflexionar, de forma muy panorámica, sobre esta cuestión dedicamos los puntos que siguen.

VI. LOS OBJETIVOS PARA EL LOGRO DE LA DEFENSA NACIONAL.

LAS ADMINISTRACIONES CONCRETAS ENCARGADAS DE SU RELIZACION

1. Los objetivos para el logro de la Defensa Nacional

Es evidente, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, que estamos en presencia de una doble vertiente con respecto a la Seguridad nacional y, por lo mismo, con respecto a la Defensa, que está a su servicio. Esta *Seguridad* y esta *Defensa* son *per se* indivisibles, pero existen, sin embargo, en ellas, ámbitos distintos, aunque no departamentos estancos.

A estos ámbitos responden, precisamente, la distinción entre defensa de la seguridad **exterior** y seguridad **interior** del Estado, y que Johan Galtung ha concentrado, respectivamente, en las modalidades de *defensa territorial* y *defensa social* (30).

La primera queda referida, principalmente, a potenciales enemigos provenientes de allende las fronteras.

(28) J. BLANCO ANDE: Obra citada, p. 114.

(29) En esta misma línea, J. GALTUNG: *¡Hay alternativas! Cuatro Caminos hacia la paz y la seguridad*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 280 y ss.

(30) Autor y obra anterior.

La segunda incluye, sobre todo, la defensa de las instituciones socio-económicas y políticas, tal como son concebidas por el ordenamiento jurídico y los bienes (biológicos, patrimoniales, morales...), en cuanto objeto de agresión, dentro de dichos confines por algunos de los propios ciudadanos o personas no nacionales, que actúan de forma individual u organizada, pero sin representar (al menos oficialmente) a países extraños.

Delimitados estos ámbitos, ¿Cómo poner en marcha los mecanismos de la Defensa?

a) En cuanto a las agresiones a los valores nacionales permanentes venidas del exterior.

La metodología utilizable para poner en práctica el sistema de defensa es múltiple, dependiendo, en todo caso, de las condiciones objetivas y de los recursos disponibles. Pero, teóricamente, esas vías de realización convergen en éstas: **Oposición actual** a la agresión con el ejercicio de la fuerza adecuada y la **disuasión**, que se presenta, al revés que la primera vía, como forma continuada de *advertencia*.

Lo que sucede es que, como hace observar Blanco Ande, ... *La defensa, conocida hoy en día, como disuasoria, es, ante todo, cara, para que efectivamente disuada a un potencial adversario. El armamento disuasorio al demandar una reciente acumulación de medios ofensivos, empieza a parecer para los países de segundo y tercer orden, un lujo cada vez menos asequible, dado el enorme coste de los modernos arsenales* (31).

La primera vía debe practicarse en estado de guerra. La segunda se extiende, también y, sobre todo, a los tiempos de paz, precisamente para evitar la guerra.

¿Pero cómo han de llevarse, prácticamente, a cabo, de acuerdo a lo que puede deducirse reflexionando sobre nuestros textos jurídicos?

– Mediante una adecuada política de Defensa, atendiendo a su doble vertiente de Defensa militar y Defensa civil.

Es indudable, desde luego, que el protagonismo ha de recaer, aquí, en la Defensa militar, porque es, fundamentalmente, mediante el empleo de la fuerza, militarmente concebida, como puede hacerse frente a amenazas o situaciones reales bélicas. Pero no puede excluirse, tampoco aquí, los objetivos de la defensa civil. Y es que, como escribe Blanco Ande, la defensa civil puede originar

(31) J. BLANCO ANDE: Obra ant. p. 17, que a su vez cita al hoy General A. Piris: *Defensa para modestos*, en El País de 9-XI-85.

efectos disuasorios, también frente a potenciales enemigos exteriores, siempre que aquélla: 1 ...esté bien articulada y bien dirigida. 2. Que se conozca en el exterior la capacidad operativa de esa defensa civil. Como subrayan, Anders Boserup y Andrew Mack, la dimensión disuasoria de la defensa civil depende en gran medida de la eficacia que se perciba en estrategias de resistencia no violenta a la invasión. Además, si bien los métodos de la defensa civil, pueden hacer poca cosa para impedir que un atacante establezca bases en zonas aisladas, sería en cambio, mucho más eficaces, en cuanto a evitar un cambio en la estructura política, social y doctrinal del territorio ocupado. (...) En orden a una efectiva Defensa, la ligazón del Pueblo y los Ejércitos —del que derivan y proceden— es absolutamente prioritaria (32).

Siguiendo el sentido de la defensa civil, en sentido amplio, cabe decir que siempre será más difícil tomar la decisión de agredir y, desde luego, de vencer, a un país, donde exista y se lleve convenientemente a la práctica una adecuada política criminal que no se deje desbordar por la delincuencia organizada (terrorismo, mafias de tráfico de estupefacientes, de tráfico de armas). Una política criminal que sea capaz de crear un clima de seguridad normal dentro de la población. Una política criminal y ciudadana-preventiva que posibilite, eficientemente, a los ciudadanos ejercer sus derechos y libertades constitucionales, así como cumplir sus deberes correlativos.

Se hará respetar más un país si funciona aceptablemente su sistema de transportes, su red de comunicaciones, su sistema sanitario y educativo... el sistema de recursos energéticos... y, por supuesto, las telecomunicaciones y los servicios de información, de inteligencia y contrainteligencia...

De aquí que nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos visto, reitere, ampliamente, la necesidad de concebir y encarnar **una defensa nacional integradora** (33).

Pero ante las potenciales o reales agresiones exteriores, contra los *fines permanentes nacionales*, los objetivos a poner en práctica corresponden, en absoluto primer plano, a la política de defensa militar, porque, como ya ha quedado sentado, son las Fuerzas Armadas las que tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, así como defender su integridad territorial (34).

A esta finalidad están orientados, precisamente, **los Planes Generales de la Defensa**, originados en las declaraciones programáticas del Gobierno, máxi-

(32) J. BLANCO ANDE: Obra cit. pp. 15-16.

(33) Lo hemos visto ya. Recuérdese el contenido constante, a este respecto, de Leyes tan citadas como la 6/1980; la 50/1969, etc., etc.

(34) C. E. 8,1; L.O. 6/1980, art. 3 de L. 85/1978, etc.

mo responsable por lo que se refiere a elaborar los criterios básicos de Política de Defensa Nacional. Es el Gobierno quien decide la Política de Defensa, siendo su Presidente el que, mediante una denominada Directiva de Defensa Nacional, hace públicos el estado de la cuestión y fija objetivos, recursos y acciones.

A este respecto, F. de Salas López señala: *Con el Plan General de Defensa el Gobierno decide cómo pretende conducir la Política de Defensa. Uno de los documentos que lo integran es el Plan Estratégico Conjunto (PEC) cuya finalidad es determinar los objetivos estratégicos militares y el objetivo de fuerza necesario para alcanzarlos. El PEC lo formula el Ministro de Defensa con el asesoramiento que le presta la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM), según el art. 10 de la L.O. 1/1984, de 5 de enero, que modifica la L.O. 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional.*

El PEC es aprobado por el Gobierno y se compone de dos partes:

- *La concepción estratégica y la directiva para el planeamiento de la fuerza.*
- *El objetivo de fuerza conjunto, que trata de la determinación de la fuerza y el apoyo a la fuerza para desarrollar la estrategia militar (35).*

Intervienen, en aquél, cada uno de los Departamentos Ministeriales, que ofrecen sus propios objetivos al respecto para que sean recogidos por el Ministro de Defensa como iniciador y coordinador del Plan. De aquí va a nacer el citado Plan Estratégico Conjunto, cuyo contenido hace referencia a los objetivos de la Defensa Nacional, al análisis y valoración de hipotéticas agresiones. De acuerdo con estos objetivos y potenciales amenazas se elabora y se configura el objetivo de Fuerza Conjunto, patrocinado por los tres Ejércitos a través de su Jefe de Estado Mayor.

Todo ello es la base del Plan de Defensa Nacional (36).

A modo de ejemplo, el autor precitado, F. de Salas López, afirma que suelen citarse por los teóricos del tema como objetivos estratégicos que han de incluirse en dichos Planes y Objetivos de Fuerza.

- *Conseguir y defender la integridad del territorio nacional y garantizar la soberanía e independencia de la Patria.*
- *Asegurar el control efectivo de nuestro espacio estratégico.*
- *Defender los intereses nacionales allí donde se encuentran, entre ellos el vital del tráfico marítimo.*

(35) F. DE SALAS LOPEZ: *La defensa y la seguridad de España en el contexto europeo: aspectos estratégicos*; en Vol.Col. *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*; M^o de Educ. y Ciencia, Madrid, 1986, p.812.

(36) A este respecto, puede verse a G. SUAREZ PERTIERRA: *Prólogo...*, ya cit., p. 16.

- *Participar en la defensa del mundo occidental.*
- *Fortalecer la conciencia nacional de los españoles para lograr la mayor identificación entre el pueblo y las FAS en común empresa de la defensa.*

Como ejemplos de líneas de acción para alcanzar los objetivos estratégicos:

- *Potenciar las Fuerzas Armadas para elevar nuestro peso específico en el concierto internacional*
- *Potenciar las industrias de armamento e impulsar la investigación científica y tecnológica."*

Y que, con el PEC, se pretende que las FAS logren:

- *"Garantizar la defensa del territorio nacional y proteger nuestros intereses allí donde se hallen.*
- *Lograr una disuasión eficaz contra la amenaza de países que puedan atentar contra la integridad del territorio nacional y, en su caso, poder reaccionar contra una eventual agresión.*
- *Cooperar con países aliados en la defensa de valores que nos son comunes.*
- *Alcanzar un nivel de presencia eficaz en el eje Baleares-Estrecho-Canarias, zona de confluencia de nuestra estrategia atlántica-mediterránea" (37).*

b) En cuanto a las agresiones de los valores nacionales permanentes procedentes del interior.

Estas agresiones (que, en parte, ya han sido descritas) podrían sintetizarse en las siguientes:

- *Agresiones a la integridad territorial por grupos o entes jurídicos secesionistas (Provincias, Autonomías ...).*
- *Ataques al Ordenamiento constitucional en cuanto tal (Por bandas armadas, delincuencia organizada, grupos rebeldes...).*
- *Agresiones graves a la seguridad ciudadana que rompa el clima adecuado para ejercer los derechos y libertades reconocidos en la Constitución o los violen de hecho.*
- *Agresiones objetivas (por elementos extraños al individuo y grupos humanos) a dichos valores: Vida, integridad física de los ciudadanos...*

¿En qué ámbito de la Administración pública (civil o militar) habrán de concebirse, planificarse, ejecutarse, los objetivos adecuados para prevenir o restaurar los ataques o lesiones a tales intereses de carácter fundamental y, por ello, permanentes?

(37) F. DE SALAS LOPEZ: Trab. cit. pp. 812-813.

Antes de nada, hay que seguir afirmando que ninguna de las dos vertientes administrativas (la militar y la civil) ha de quedar al margen en las tareas específicas de la otra. Que, por lo tanto, con respecto a las amenazas o agresiones, provenientes del interior, a los precedentes valores, han de intervenir, en la política de Defensa, tanto la defensa militar como la civil. Aunque, eso sí, con diversos grados de incidencia, dependiendo de cuáles sean concretamente esos *bienes*, cuáles la extensión y la intensidad de la puesta en peligro y cuál el estado de normalidad o de anormalidad socio-política en cuyo contexto se produzcan esas amenazas o lesiones.

Concretamente:

– **En las agresiones a la integridad territorial** (desde el interior) la política de Defensa debe orientarse; porque así lo establece la misma Constitución (8,1.) a la Defensa militar. A ella, por ello, me remito.

– **En los ataques al ordenamiento constitucional**, la Defensa ha de ser también militar, por imperativo constitucional (art. 8,1.) siempre que las amenazas o la puesta en peligro de dicho ordenamiento se refieran al ordenamiento constitucional como sistema. (Más arriba advertimos cómo debía entenderse esta afirmación). A la Administración militar corresponde, consecuentemente, definir aquí los objetivos de defensa.

– Las agresiones graves a la seguridad ciudadana, que rompan el clima adecuado para ejercer los derechos y libertades o los violen de hecho, habrá que atender, precisamente, a los criterios objetivos que, hace unos instantes, formulábamos (la extensión e intensidad de la situación desestabilizante, el número de derechos o libertades amenazados o lesionados en su ejercicio...) para atribuir a una u otra de las dimensiones administrativas la tutela idónea. Y, por tanto, la preparación y ejecución de ésta. Teóricamente, la planificación de la Defensa habrá de ser efectuada por ambas teniendo en cuenta las competencias que a cada una de las vertientes administrativas les concede el ordenamiento jurídico a tenor de que se proyecte la *defensa para estados de normalidad* (y, como mucho, de alarma o de excepción) o para estados de sitio.

De acuerdo con los números 1.; 2. y 3. del art. 116 del texto constitucional, la L.O. 4/1981, de 1 de junio, dispone, implícita o explícitamente, que será la Administración civil, a través de defensa civil (de forma específica y prevalente) la responsable de planificar y ejecutar los pertinentes objetivos de protección, tanto en la vía preventiva como por la vía reparatoria, en los estados de alarma y de excepción (38). Y, congruentemente, como ahora se dirá, en situaciones de normalidad.

(38) Arts. 4-12 y arts 13-31 de dicha Ley Orgánica.

Lógicamente será a la Administración civil, a través de defensa civil, la comisionada para planificar, elaborar y ejecutar los medios de tutela. Para el estado de normalidad se deduce, desde luego, de los arts. 104 y 126 de la CE y de su ordenamiento jurídico desarrollante (39).

No entramos, aquí, a especificar objetivos de defensa concretos (40).

Los *planes generales* de seguridad, en tales condiciones, frente a los ataques de referencia, le corresponde planificarlos, elaborarlos y ejecutarlos al Gobierno de la Nación (art. 1º, l. de la L.O. 2/86) a través del Ministro del Interior, a quien compete la **administración general de la seguridad ciudadana** (art. 10.1 de Ley prec.).

VII. LAS FUERZAS ARMADAS Y LOS CC. Y FF. DE SEGURIDAD DEL ESTADO ANTE LOS OBJETIVOS DE LA DEFENSA NACIONAL

Para esclarecer este apartado, ha de partirse (una vez desarrollados los apartados precedentes) de dos coordenadas complementarias. En primer lugar, del concepto amplio de Defensa Nacional, tal y como ha sido considerado en el presente estudio. En segundo término, de las distintas situaciones (de normalidad o anormalidad constitucional, o estado de guerra) en que puede encontrarse la Nación-Estado o alguna porción de su territorio.

Pues bien. De la combinación armonizada de esos dos extremos puede deducirse lo que sigue:

1. Defensa Nacional Civil-Estado de normalidad

La Defensa Civil (incluyendo en ésta la seguridad pública o ciudadana tal como se recoge en los arts. 104 y 126 de la CE, además de todo tipo de catástrofes de carácter meramente físico y climatológico, del art. 21 de la L.O. 6/1980) ha de llevarse a cabo por la Administración Civil y, en este sentido, hay que referirse a los CC. y FF. de seguridad del Estado. La seguridad pública y la seguridad ciudadana en estado de normalidad se atribuye, en concepto

(39) L.O. 2/1986, de 13 de marzo y arts. 443 y ss. de la L.O. 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial.

(40) A este respecto, puede verse: CÉSAR HIERRO: "Por una política criminal integradora. El Tratamiento penitenciario y la prevención policial, elementos necesarios", en Cuadernos de Política Crim. 35 (1988) pp. 397 y ss. "Seis lecciones de Criminología", Madrid, 1988; "Prevención policial. Un instrumento necesario en la lucha contra la delincuencia"; en Bol. de Documentación del Mº del Interior, 127 (1992) pp. 9 y ss.

de titulares directos, por los artículos constitucionales 104 y 126, a los CC. y FF. de Seguridad sea en su dimensión administrativa, o en su caso, en funciones de Policía Judicial. Las normas desarrollantes de estos preceptos, L. O. 2/1986 (41) y L.O. 6/1985 (42) son, sobre este particular, meridianas.

De todas formas, no puede olvidarse que la Defensa Nacional es un todo indivisible y permanentemente dinámica, que ha de ser, por ello, planificada y elaborada, también y sobre todo, en tiempos de paz. Es la **vía de disuasión** de la Defensa Nacional militar.

Esta vía de disuasión presupone, como es obvio, actividades de información (Servicios de Inteligencia) que, con frecuencia, han de ser tangentes con la llevada a cabo por los CC. y FF. de Seguridad del Estado. Esto será frecuente en los ámbitos más álgidos de la delincuencia organizada (tráfico ilícito de estupefacientes a gran escala, tráfico de armas, organizaciones terroristas sobre todo si es de carácter secesionista). Sin olvidar las nuevas funciones de la *Guardia Civil del Mar* que, obviamente, ha de tener misiones concomitantes con las Fuerzas de la Armada.

Todo esto supone que las Fuerzas Armadas tienen, por lógica jurídica, un *rol* subsidiario y complementario en el mantenimiento de la Defensa Nacional Civil, en los estados de normalidad, alarma y excepción.

Dentro de esta situación de normalidad constitucional, hay que tener en cuenta que tanto el C. Penal común como el Código Penal Militar recogen un conjunto de figuras delictivas que hacen referencia a los Delitos relativos a la defensa Nacional (43) o Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional (44).

Naturalmente, el conocimiento y sustanciación de estos comportamientos depende del poder judicial (sea la jurisdicción civil, o en su caso, la militar). Pero es obvio que, en ambos casos, tanto los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en su dimensión de Policía Judicial, como la Policía Militar han de intervenir en estos supuestos delictivos bajo dependencia funcional de Jueces y Magistrados. Los arts. 85 y 86 de la L.O. 4/1987 de 15 de julio, de la com-

(41) Arts. 1º; 11; 12; 29-36; 38 y 53.

(42) Arts. 443 y ss.

(43) Código Penal Común, arts 135 bis, a) (Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional) Arts. 135 bis, e) y ss; 214 y ss; 226; 235 bis... (Atentados contra los medios o recursos de la Defensa nacional).

(44) Código Penal Militar, arts. 49 y ss. (traición militar); 52 (espionaje militar); 53 y ss. (Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional; arts. 57 y ss. (atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional); art. 63 (Desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio); Art. 64 (Delito de derrotismo). En este sentido, puede verse: R. Blecua Fraga: "El delito de traición y la Defensa Nacional"; Edersa, Madrid, 1983, pp. 26 y ss.; 71 y ss.

petencia y organización de la jurisdicción Militar prescriben, respectivamente, lo que acabamos de decir. La jurisdicción militar sólo ha de intervenir en el *ámbito estrictamente castrense* (45).

Actividad tangente ha de llevarse a cabo por esas dos clases de Policías en los supuestos de medidas cautelares sobre personas.

El art. 201 de la L.O. 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar, advierte que: "*La detención de las personas responsables de hechos que, pudiendo ser constitutivos de delitos, aparezcan como de la competencia de la jurisdicción militar, podrá acordarse por el Juez Togado que incoa las actuaciones, así como por las autoridades o sus agentes facultados legalmente para ello*".

2. Defensa Nacional Civil-Estados de Alarma y de Excepción

El *Estado de Alarma* se puede declarar por el Gobierno, de acuerdo con el art. 116, 2º de la CE y art. 4 de la L.O. 4/1981, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofe, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos y treinta y siete, dos de la Constitución y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

En cuanto al *estado de Excepción*, procede (art. 116.3, de la CE y L.O. 4/1981, art. 13, cuando:

El libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos

(45) El art. 85 de dicha Ley dispone: "La Policía militar actuará en auxilio de los órganos y Fiscales de la jurisdicción militar cuando sea requerida para ello.

En ausencia de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, intervendrán ante flagrantes delitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tan pronto como les sea posible recabarán su presencia y darán cuenta de su actuación a sus superiores...". El Art. 86 por su parte demanda: "En los términos previstos en la ley, la Policía Judicial ejercerá sus funciones de averiguación de los delitos y descubrimiento y aseguramiento del delincuente respecto a los órganos judiciales militares y los Fiscales jurídico-militares" En cuanto a la extensión de la Jurisdicción castrense véase Art. 4º de la misma. A este respecto puede verse: P. Casado Burbano: "Iniciación al Derecho Constitucional militar"; Edersa, Madrid, 1986, pp. 84 y ss.

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, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

(...) A los anteriores efectos, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener los siguientes extremos (...).

También estas dos situaciones de anormalidad han de caer bajo el ámbito de la denominada Defensa Nacional Civil (L.O. 4/1981, arts. 7; 9; 16; 17). Si bien, y como ya dijimos, en su momento, las Fuerzas Armadas podrían ser utilizadas, de forma subsidiaria, sobre todo en el estado de excepción (art. 22, L.O. 6/1981). Por su parte, los CC. y FF. de Seguridad, cuando lleven a cabo misiones de Defensa Nacional Civil, relacionadas con el P.E.C., durante los estados de alarma y excepción, lo harán bajo la dirección del Ministro del Interior y bajo la coordinación del de Defensa, art. 20,3 de la L.O. 6/1980).

3. Defensa Nacional-Civil-Estado de sitio

El *estado de sitio* es jurídicamente posible, de acuerdo con el art. 116,4 y art. 32 de L.O. 4/1981, cuando:

– Se introduzca 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 cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.

– La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

– La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido, que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución.

Las medidas extraordinarias (aún de carácter no militar emanantes del *estado de sitio* serán gestionadas y dirigidas por el Gobierno, sirviéndose de efectivos militares (art. 33 y 34 de dicha L.O. 4/1981).

Los recursos humanos y reales, disponibles para cubrir los servicios ordinarios (que no caigan bajo el estado de alarma y excepción, según el art. 22, dos de la L.O. 6/1981), que no estén afectados por el *estado de sitio*, seguirán

siendo gestionados, dirigidos y ejecutados por la Autoridad civil y los agentes de la misma índole. (arts. 35 y 36 de la precitada L.O. 4/1981).

No obstante existe una excepción, porque, durante el *estado de sitio*, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa. (46).

4. Defensa Nacional militar

La defensa nacional militar, ha de ser ejecutada por las Fuerzas Armadas e Institutos armados de naturaleza militar en su caso, bajo la dependencia del Gobierno que lleva a cabo, aquí, sus funciones (además de la ejecución, la elaboración y determinación de la política militar) a través del Ministro de Defensa, siempre que su Presidente le otorgue la correspondiente delegación. (art. 8 en relación con el 10 de la L.O. 1/1984, de 5 de enero).

La defensa nacional militar, en su fase operativa, se desarrolla en **estado de sitio y en estado de guerra**.

En *estado de sitio*, ya hemos dicho cómo se realiza. Sólo añadir algo que es importante a los efectos del proceso de coordinación. Me refiero al contenido recogido por la L.O. 4/1981 en su art. 36 y que alude a la actitud de colaboración que las Autoridades Civiles (entre ellas los responsables de los CC. y FF. de Seguridad) han de tener, durante el citado *estado*, con las Autoridades militares.

Aquellas han de dar a éstas las informaciones que las soliciten y, de *motu proprio*, las enviarán cuantas noticias sobre orden público lleguen a su conocimiento.

Ya ha quedado afirmado, al menos implícitamente, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Nacional, Autonómicas y Locales pasan a depender, directamente de la Autoridad Militar a los efectos de llevar a cabo las medidas extraordinarias constituyentes del *estado de sitio* (art. 20, tres, de la L.O. 6/1980).

En tiempo de guerra.

El tiempo de guerra no debe confundirse con el *estado de sitio* del que ya hemos hablado. Es verdad que, en las Leyes de Orden Público de 23 de abril de 1870, de 28 de julio de 1933 y 30 de julio de 1959, al hoy "estado de sitio" le denominaban *estado de guerra*. En la actualidad, sin embargo, son conceptos distintos. Esta distinción aparece clara en la misma Constitución ya que el *tiempo de guerra* está incluido en el Título II (De la Corona) y, concretamente, en el art. 63.3 donde se prescribe que es al Rey a quien corresponde, *previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz*. Y, en el

(46) Art. 39 de la L.O. 6/1980.

art. 169 de la misma Carta Magna, se deslinda de los otros estados de anormalidad afirmando, de forma inequívoca, que: *No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados precitados en el artículo 116.*

La locución *en tiempo de guerra* ha de entenderse, de acuerdo con el art. 14 del Código Penal Militar, como *el período que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.*

Evidentemente, el *estado de guerra* no necesita que se haya declarado, previamente, el *estado de sitio*.

El *estado de guerra* (o *en tiempo de guerra* como llama a esta situación el ordenamiento vigente) es el punto de referencia básico de la política militar, **componente esencial** de la política de defensa (47).

Una vez declarada la guerra a ella deben estar supeditados todos los recursos humanos y reales de la nación. (48). La movilización de estos recursos no tendrá más limitaciones que *las impuestas por la necesidad de respetar los derechos que no resulten afectados por el acuerdo de movilización.*(49).

En tiempo de guerra, los civiles (sean nacionales o extranjeros) pueden ser sometidos a la jurisdicción militar cuando se trate de infracciones acogidas en el Código Penal de esa naturaleza. Que serán las referentes, como es obvio, a las figuras típicas contra la seguridad nacional y defensa nacional y que ya hemos descrito más arriba.

Cabe poner, incluso, la pena de muerte (si así está recogida en la legalidad penal militar). Todo ello, de acuerdo con el art. 15 de la CE. que, si bien dispone, como principio, la abolición de aquella pena, conserva su posibilidad *para tiempos de guerra*.

La titularidad en la concepción, elaboración y ejecución de la política de defensa nacional *para y en tiempo de guerra*, es **eminente militar**, tal como se recoge en la Ley de Movilización 50/1969 en relación con L.O. 1/1984, de 5 de enero, reformadora de la L.O. 6/1980, por la que se regulan, como ya es sabido, los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar.

Los CC. y FF. de Seguridad que, como dice el artículo 20 de L.O. precitada 6/1980, *contribuirán en todo caso a la defensa nacional y, como es obvio,*

(47) Ver arts. 4 de L.O. 6/1980; 122-142 de Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

(48) Arts. 1º y 2º de la Ley 50/1969 de 26 de abril, de Movilización Nacional.

(49) Art. 3º de Ley 50/1969.

con mucha más lógica en tiempo de guerra, dependerán, durante esta situación, del Ministro de Defensa, para los servicios relativos a dicho *estado*. (50) En otro caso, permanecerán bajo la dirección del Ministro del Interior, coordinados por el Ministro de Defensa (art. 20 L.O. 6/1980).

La Guardia Civil dependerá, en tiempo de guerra, exclusivamente, del último de los ministros que acabamos de citar (art. 39 L.O. 6/1980).

No está regulado cuáles puedan ser, de forma concreta, los objetivos que el Ministro de Defensa pueda encomendar a aquellos CC. y FF. de Seguridad. No parece, sin embargo que, salvo a la Guardia Civil, se pueda responsabilizar a todos y cada uno de sus miembros, de misiones de carácter militar.

El art. 20 de la Ley O. 6/1980 se orienta, de forma clara, a misiones de defensa civil cuando sigan dependiendo del Ministro del Interior bajo la coordinación del de Defensa.

Pero, sin embargo, en estado de sitio y en tiempo de guerra, la dependencia es directa (a efectos de Defensa Nacional en sentido estricto) de esta última Autoridad. Ha quedado ya advertido.

VIII. COORDINACION DE LAS FAS Y DE LOS CC. Y FF. DE SEGURIDAD DEL ESTADO A LA VISTA DE POSIBLES MISIONES COMUNES COMPARTIDAS EN EL CAMPO DE LA PROTECCION DE OBJETIVOS DE DEFENSA NACIONAL

A través de los distintos textos legales, hemos podido percibir cómo se utilizan términos como cooperación, colaboración, coordinación, para expresar la necesidad de que, en el campo de la Defensa Nacional (ya se trate de Defensa Nacional Militar o se trate de Defensa Nacional Civil) hay que ir al fin (la seguridad nacional) mediante la adecuada **disposición armónica** de todos los elementos participantes en las mismas.

No obstante, cabe distinguir, y se ha de distinguir, entre principio de colaboración o cooperación y principio de coordinación. Y se ha de procurar hacer distinciones porque ambos principios se presentan como necesarios para lograr los frutos perseguidos: llevar a cabo, con eficacia, los objetivos de Defensa Nacional.

Bastará el principio de colaboración o cooperación (en el sentido de prestar ayuda al titular de una actividad o una misión), cuando sean las FAS o sean los CC. y FF. de Seguridad los titulares de la ejecución de la función de Defensa (entendida, aquí, *Defensa* en sentido amplio).

(50) Deducible de arts. 20 de L.O. 6/1980; Art. 10 de Ley 1/1984 y 4º y 5º de Ley 50/1969.

Son los supuestos, en tiempo de normalidad constitucional y político-social, de los cometidos incluidos en los arts. 8.1 y 104.1 de la CE.

También, para los objetivos que, durante el *estado de sitio* o *en tiempo de guerra*, fuera encomendada su ejecución a las FAS, como titulares directos, aún tratándose de materias confiadas a los CC. y FF. de Seguridad en tiempo de normalidad. Supuestos más frecuentes serían los constituidos por la persecución de los delitos relacionados con la Defensa Nacional, aún cuando los sujetos activos fuesen ajenos a la profesión militar; control de reuniones y manifestaciones, etc.

Aquí, como dice la L.O. 4/1981, en su art. 36, las Autoridades civiles han de facilitar a las militares las informaciones que ésta le solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento”.

Dentro del principio de colaboración caerán, también, las actividades que las FAS lleven a cabo en auxilio o ayuda de las Autoridades de Protección Civil y de los CC. y FF. de Seguridad del Estado que serán, aquí, los titulares de esta actividad, (cuando sean aplicados los arts. 22.1 de la L.O. 6/1980 y el 21 de la Ley 2/1985, de Protección Civil. Ya el Real-Decreto 1125/76, de 8 de abril, disponía en su art 1., que las autoridades gubernativas, en estado de normalidad y excepción, tienen la responsabilidad de la formulación de los planes de emergencia relacionados con la prevención y restablecimiento del orden público, si fuese perturbado por catástrofes naturales o industriales o anormalidades en los servicios públicos. Aunque añade que las autoridades militares correspondientes participarán en dicha formulación.

Las unidades militares cooperarán, únicamente en caso de necesidad y siempre bajo el mando de sus jefes naturales, prestando los servicios públicos que se les encomiende (art. 1º,3. del precedente Real-Decreto).

En el mismo sentido, el art. 2º,1. del Real-Decreto 692/81, prescribía que el Ministerio del Interior podría recabar la colaboración de las autoridades locales y la intervención de los distintos Departamentos ministeriales y Organismos dependientes de los mismos, con fines de protección civil.

Pero, cuando se trate de llevar a cabo objetivos de Defensa Nacional (con sentido amplio, es decir, comprendiendo, en ella, los arts. 8.1; 104.1 y 126 de la Constitución) en estado de normalidad, o con respecto a funciones no afectadas directamente por el *estado de sitio* o por el *tiempo de guerra*, se impone la coordinación, porque, entonces, cabe dentro de ciertos ámbitos operativos, la acumulación y el encuentro de acciones, al poder ser ejecutadas, simultáneamente, por aquéllos dos Entes orgánicos públicos.

Antes de seguir adelante, digamos que entendemos, aquí, por coordinación la distribución racional de medios personales y reales dentro de cualquier administración.

La coordinación, afirma nuestro Tribunal Constitucional, es un concepto que usa la Constitución como instrumento para la fijación de medios y sistemas de relación con objeto de lograr una cierta homogeneidad y hacer posible, en su caso, actuaciones conjuntas y la colaboración mutua. (51)

La coordinación, pues, trasciende la colaboración porque es un *plus* constituido por la homogeneidad y la conjunción dentro de una actividad.

Pueden citarse, sobre este particular, algunos casos concretos:

–La necesidad de coordinación en materia de información sobre atentados terroristas, dirigidos a personas o establecimientos de carácter militar o policial.

A este respecto, son suscribibles las reflexiones de Jiménez Riutord al referirse al planteamiento de la lucha contra el terrorismo:

Insistiendo un poco más en estas consideraciones, hay varios aspectos que vale la pena recordar, aunque sea de pasada. Y es que resulta fundamental, conseguir la más eficaz actuación y la más alta cota en cinco puntos concretos. Coordinación entre todos los organismos, medios y elementos involucrados en el problema.

Cooperación de unos y otros a tal fin, incluyendo a los ciudadanos y a los medios de comunicación social. Labor psicológica, que ya hemos tratado y cuya importancia no nos cansaremos de resaltar. Voluntad de vencer, indispensable para enfrentarse a las dificultades, características y duración de la lucha que estamos considerando. Eficacia, que es consecuencia de los medios puestos en acción y de la preparación técnica y de todo orden, de cuantos están implicados en las operaciones” (53).

–La necesidad de coordinación en la información con respecto a hechos de contrabando a gran escala (tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico de armas) llevados a cabo por mar. (Lo que se potencia con la entrada en vigor y puesta en práctica del Real Decreto 246/91, de 22 de febrero, creador del *servicio marítimo* de la Guardia Civil).

– Necesidad de coordinación con respecto a servicios relacionados con vigilancia y protección de instalaciones militares o de determinadas *zonas de seguridad*, de interés para la Defensa Nacional (52) en que intervengan, de forma periódica, alguno de los Cuerpos de Seguridad. Como por ejemplo, la Guardia Civil.

(51) Sent. 117/84 de 5 de dic.

(52) A este respecto se refiere la Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

(53) D. JIMENEZ RIUTORD: *España: Ejército y Cambio. Una visión militar*. Miguel Font, Editor, Palma de Mallorca, 1989; pp. 107-108.

Procederá, asimismo, la aplicación del principio de coordinación, cuando los CC. y FF. de Seguridad hayan de llevar a cabo sus funciones propias, dentro del ámbito de Defensa Nacional en sentido estricto (es decir, la constituida por la defensa militar, en cualquier situación, y la defensa civil para *estado de sitio o tiempo de guerra*), siempre que, aquéllas no queden directamente afectadas por estas dos últimas situaciones. El mismo ordenamiento jurídico así lo dispone. V.Gratia, el artículo 20 de la L.O. 6/1980, prescribe que la contribución de los CC. y FF. de Seguridad, aunque no tengan carácter militar, se realizará en el marco de la Defensa Civil bajo la dirección del Ministro del Interior, coordinados por el Ministro de Defensa.

Los Organos de la Coordinación.

El art. 15 de la L.O. 6/1980 hace referencia expresa a la necesidad de llevar a cabo las adecuadas actividades coordinativas con respecto a los recursos de la Nación en la medida en que sean necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa.

Hace, asimismo, una selección prevalente de aquellos medios, advirtiendo que han de ser objetos preferente de coordinación:

- Los recursos energéticos, tanto de las fuentes propias como de las dependientes del exterior.
- Los recursos básicos de materias primas y alimenticias, tanto propias como del exterior.
- Los recursos industriales y los recursos sanitarios.
- Las vías de comunicación y los transportes de tierra, mar y aire.
- Las telecomunicaciones.
- Los servicios de inteligencia y contrainteligencia.

Esta misma Ley, en idéntico artículo, señala, también que todos estos recursos serán coordinados por los órganos que la misma norma indica en su Título I.

Pues bien. Como dicho Título ha quedado reformado por la L.O. 1/1984, de 5 de enero, hay que ir a ésta con el fin de precisar cuáles sean aquellos órganos.

En su art. 8º, en efecto, se preceptúa:

Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las fuerzas Armadas.

También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar.

Asimismo, el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos.

Este precepto ha de complementarse con el artículo 10 del mismo texto normativo, donde se atribuye al Ministro de Defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, las facultades que a éste le otorga el precitado artículo octavo.

El Ministro de Defensa, asimismo, coordina la adquisición y administración de los recursos. Coordina la investigación científica y técnica en materias relacionadas con la Defensa Nacional. Coordina la política de personal de las FAS (art. 10 de Ley precitada).

A la junta de Jefes de Estado Mayor le corresponde coordinar la regulación de la doctrina militar de los tres Ejércitos, así como los Reglamentos de empleo táctico, logístico y técnico precisos para la mayor operatividad de las FAS.

No hay que olvidar, tampoco, en este afán por ofrecer los medios adecuados de eficacia (y el asumir las exigencias del principio de coordinación está entre los recursos básicos), la promulgación del Real Decreto 2639/1986, de 30 de diciembre, por el que se crea la comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis.

Precisamente, según su exposición de motivos, ha venido a subsanar amplias y profundas lagunas contrarias a la Defensa Nacional, entendida en el sentido amplio de la misma.

En esa orientación subsanadora se comenta:

La inexistencia en España de un sistema que permita al Gobierno la prevención, así como el 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, la ausencia de la necesaria normativa y de los planes de actuación posibles para afrontar con éxito un problema de esta naturaleza, consiguiendo una utilización coordinadora, rápida y eficaz de todos los recursos públicos y privados disponibles viene siendo una preocupación permanente del Gobierno. Países de nuestro entorno político han venido desarrollando en las últimas décadas una intensa labor en la creación de un sistema de prevención y control de posibles crisis al que resulta aconsejable que nos homologuemos en la búsqueda de garantizar en todo momento la paz y seguridad de los ciudadanos.

Con esos propósitos, se crea la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis, integrada por el Presidente del Gobierno, el Vicepresidente, los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Economía y Hacienda e Interior (art. 1º.1).

Sus competencias fundamentales son:

- a) Aprobar la normativa necesaria para el establecimiento de un sistema de conducción de situaciones de emergencia o crisis, tanto de carácter nacional como internacional, que puedan atentar a la vida, seguridad o bienestar de los españoles.
- b) Aprobar los planes y programas de infraestructura y actuación que sean precisos para garantizar la continuidad de la acción del Gobierno y el funcionamiento normal de la vida ciudadana en las situaciones a que se refiere el párrafo anterior.
- c) Dirigir y coordinar las actuaciones encaminadas a prevenir, controlar y conducir las situaciones de crisis.

Si todas estas funciones se hacen realmente prácticas, en unión de las precedentemente expuestas, es posible que se establezca **una adecuada colaboración y coordinación, sin solución de continuidad, entre las FAS y los CC. y FF. de Seguridad del Estado en la ejecución de aquellos objetivos de Defensa Nacional (en sentido amplio sobre todo) que afectan a ambas Instituciones.** En todo caso, ha de fijarse, mediante inequívocas designaciones, las personas (físicas u orgánicas) que deben constituir los eslabones jerárquicos inferiores de la cadena de coordinación.

Todo esto, por lo demás, se presenta como imprescindible, porque como advierte Fernández Espeso, *La moderna defensa nacional constituye un aparato o sistema organizado, aunque las modalidades prácticas sean innumerables y el grado de organización varíe. Quiere decirse que la defensa inorgánica, espontánea, con pluralidad de centros, poco o nada conectadas entre sí, pertenece al pasado.*(54)

(54) C. FERNANDEZ ESPESO: *Defensa nacional y seguridad nacional*; ya cit., pp.799.

EL DERECHO PREMIAL MILITAR

Julian M^a Peña Paradela
Teniente coronel auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION HISTORICA. III. RÉGIMEN JURIDICO. IV. RECOMPENSAS DE GUERRA. V. RECOMPENSAS DE TIEMPO DE PAZ. VI. OTRAS RECOMPENSAS. VII. RECOMPENSAS DESAPARECIDAS.

I. INTRODUCCION

De la misma manera que resulta inherente a la existencia de los Ejércitos un Derecho penal y disciplinario, a fin de mantener el buen orden y disciplina, éstos requieren un sistema premial privativo, puesto que recompensar los hechos y servicios meritorios no es sólo un acto de justicia, sino un estímulo para la colectividad militar que permite, además, un criterio de selección.

Esta evidencia es confirmada por el devenir histórico, si bien las concretas formas premiales han variado con los tiempos.

El moderno sistema premial, muy vinculado al surgimiento de los Ejércitos permanentes, tiene su origen a principios del siglo XIX, sin que ello suponga el abandono de formas más tradicionales.

Antes de abordar la panorámica de nuestro Derecho premial militar vigente, tal y como ha quedado configurado tras la promulgación de la Ley de 19 de julio de 1989, sobre Personal Militar Profesional, resulta conveniente precisar el concepto de esta disciplina, como rama del Derecho Administrativo.

Podemos definirlo en un sentido objetivo, como el conjunto de normas que regulan la concesión de recompensas en el ámbito de las Fuerzas Armadas y en sentido subjetivo, como la facultad de recompensar, atribuida al poder soberano del Estado, que ejerce S.M. el Rey, con arreglo a las leyes, según el art. 62, f) de la Constitución.

Característica esencial de esta potestad es, un grado máximo de discrecionalidad en su actuación.

II. EVOLUCION HISTORICA

Por Decreto de 31 de agosto de 1811, la Junta Suprema Central Gubernativa del Reino estableció la Orden Nacional de San Fernando, primera recompensa específicamente militar española. Finalizada la guerra de la Independencia quedó derogada toda la legislación emanada durante la forzosa ausencia de Fernando VII y, naturalmente, este Decreto, hasta que en 1815 se recrea bajo la denominación de Real y Militar Orden de San Fernando; por lo que se considera la más antigua, pese a que, con anterioridad, en 1814, el mismo monarca había establecido la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, para premiar la larga permanencia en filas, con intachable conducta, de los Oficiales de los Ejércitos, así como la Medalla de Distinción de los Prisioneros Militares, antecedente de la de Sufrimientos por la Patria.

La falta de un sistema adecuado de recompensas llevó a prodigar, durante la guerra civil (1833-1840), la concesión de las Cruces de San Fernando, que deberían reservarse para supuestos extraordinarios, por lo que el Gobierno de D^a Isabel II creó, en 1864, la Orden del Mérito Militar, con distintivos rojo y blanco, según se tratase de premiar servicios de guerra o de tiempo de paz, estableciéndose, paralelamente, en 1866, la Orden del Mérito Naval.

Aún así, el sistema resultaba incompleto, por lo que, en 1890 y 1891, se establecieron las Ordenes Militar y Naval de M^a Cristina, como recompensa de guerra intermedia entre las anteriores.

En 1918 se crean las Medallas Militar y Naval, como inmediato premio, por hechos de armas, a la Orden de San Fernando y en 1926, la Aérea, como máximo galardón aeronáutico.

La 2^a República mantuvo el sistema heredado de la Monarquía, suprimiendo las Ordenes de M^a Cristina y unificando en un sólo modelo las medallas de campaña.

El Reglamento de Recompensas de Guerra de 26 de enero de 1937, restablece la situación anterior, creando la Cruz de Guerra, como sustitutivo de la de M^a Cristina, a la que, en 1942, se añade la modalidad con Palmas.

Después de la Guerra Civil (1936-1939), se completará el sistema premial, con el establecimiento, en 1945, de la Cruz del Mérito Aeronáutico con distintivo blanco y la creación, en 1958, de la Cruz de la Constancia, al objeto de recompensar la permanencia en el servicio de los Suboficiales, excluidos del acceso a la Orden de San Hermenegildo.

De esta forma desembocamos en la Ley General de Recompensas de 4 de agosto de 1970 que, por primera vez, sistematiza la materia para el conjunto de las Fuerzas Armadas; Ley complementada con los sucesivos Reglamentos de cada una de las recompensas que contempla y en virtud de la cual se creó la Medalla del Ejército.

Esta norma se ha visto afectada por la promulgación de la Ley de 19 de julio de 1989, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en la forma que examinamos en otro epígrafe.

No podemos terminar este breve recorrido histórico sin hacer mención a la Orden del Mérito de la Guardia Civil, creada en 1976, en razón a la naturaleza militar de dicho Instituto, aunque no sea, propiamente, una recompensa militar.

III. REGIMEN JURIDICO

La Ley de 19 de julio de 1989 sobre Personal Militar Profesional (disp. final 1ª) determina el sistema de recompensas militares; a partir de su entrada en vigor no se pueden conceder otras, si bien se conservarán con todos sus derechos y beneficios las que se hubieran otorgado con anterioridad.

La Ley General de Recompensas de 4 de agosto de 1970 (hay que entender que, con sus Reglamentos) continuará en vigor, con carácter reglamentario, en lo que no se oponga a la Ley primeramente citada, debiendo quedar derogada, expresamente, en cuanto se dicte la normativa de desarrollo correspondiente (disp. derogatoria 2ª).

A continuación se resume el régimen jurídico en la materia, en base, principalmente, a la regulación contenida en la Ley General de Recompensas de 1970, transitoriamente en vigor, con carácter reglamentario.

Concesión

La facultad premial reside formalmente en S.M. el Rey, como Jefe del Estado, según el art. 62, f) de la Constitución, ejerciéndose con arreglo a las leyes; por lo que estimamos que cuando éstas determinan su concesión por una autoridad inferior, sería conveniente consignar que lo hacen en el nombre de S.M.

No pueden ser solicitadas por los interesados o sus familiares, salvo aquellas cuyo Reglamento lo determine específicamente.

Las recompensas militares constituyen un derecho y un honor personalísimo de carácter vitalicio y por tanto no transmisible; ello no es óbice para que puedan transmitirse las ventajas meramente económicas (pensiones) inherentes a las mismas; las medallas conmemorativas del Centenario de determinados hechos de gue-

rra, otorgadas a los descendientes de los que participaron en los mismos, así como la Medalla de la Paz de Marruecos —establecida para conmemorar la feliz terminación de esta campaña—, no son recompensas propiamente militares.

La permanencia en determinadas Unidades o territorios no da derecho, por sí misma, a la concesión de recompensas; para distinguir a tal personal, destinado por periodo superior a tres años, se establecerán los correspondientes distintivos de permanencia.

Todas las recompensas militares tienen carácter honorífico y algunas pueden ser, además, pensionadas; cuando una misma persona haya sido premiada con varias recompensas pensionadas, podrá recibir todas las pensiones otorgadas, salvo que en los Decretos de concesión se disponga de modo expreso lo contrario; las pensiones anejas a las recompensas de guerra no están sujetas a tributación alguna.

Privación

La privación de las recompensas otorgadas sólo podrá producirse en los casos y en la forma establecida por sus Reglamentos (normalmente por motivo de indignidad).

El art. 360 de la Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989, determina que a los militares a los que se imponga la pena de pérdida de empleo o cualesquiera que produzca los mismos efectos, les serán recogidos los diplomas de las cruces que posean, siempre que los Reglamentos de las respectivas Ordenes así lo prevengan; únicamente el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Fernando (art. 38), establece que ningún Caballero Laureado podrá ser privado de esta condecoración, aún cuando lo fuese del empleo que ejerce, sin que determinativamente se exprese aquella privación en la resolución del Tribunal competente.

Recursos

Las resoluciones recaídas sobre concesión o denegación de recompensas militares no pueden ser objeto de ninguna clase de recursos (disp. común 1ª de la Ley General de Recompensas de 1970).

Dicha exclusión, limitada a las resoluciones de concesión o denegación, afectaría tanto a la vía del recurso administrativo como a la jurisdiccional.

El art. 40, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, establece, taxativamente, que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de las *Ordenes Ministeriales que se refieren a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de*

armas, por otro lado, el apartado f) de dicho precepto establece la inadmisibilidad de dicho recurso respecto de los *actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa*, supuesto contenido en la citada Ley General de Recompensas de 1970; ahora bien, teniendo en cuenta el carácter reglamentario, actual, de la misma —y a falta de norma con rango de Ley que establezca lo contrario— cabría especular sobre esta posibilidad, si bien a la vista de la naturaleza, evidentemente discrecional, de estas resoluciones premiales, consideramos deben quedar excluidas de fiscalización.

Protección jurídica

Frente a la utilización pública e indebida de recompensas militares, el Estado establece una doble protección penal:

- a) La tipificación como delito del *Código Penal* (art. 324), cuando el sujeto activo sea un paisano.
- b) La tipificación como delito del *Código Penal Militar* (art. 164), cuando el sujeto activo sea un militar.

Supuesto distinto es el uso, por parte de los militares, de recompensas militares o civiles, legalmente otorgadas, sin haber obtenido la previa y preceptiva autorización —que abarca a todas las civiles y a las militares extranjeras— que constituye falta leve, prevista en el art. 8-6 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

IV. RECOMPENSAS DE GUERRA

REAL Y MILITAR ORDEN DE SAN FERNANDO

Máxima recompensa militar española, como premio al *valor heroico*, se rige por el Reglamento de 3 de junio de 1978; puede ser otorgada a título individual o colectivo, siendo pensionada en el primer caso.

El otorgamiento de esta recompensa exige *juicio contradictorio*, conforme a lo prevenido en su Reglamento.

Categorías:

- a) Gran Cruz Laureada (reservada para los Generales y Almirantes en Jefe de los Ejércitos).
- b) Cruz Laureada (individual).
- c) Laureada Colectiva.

La Orden está constituida por los Caballeros Laureados, así como por las Banderas y Estandartes que ostenten la correspondiente Corbata, los Guiones-Enseña de Laureadas Colectivas concedidas a Unidades que carezcan de aquellos y los Escudos representativos de Instituciones y Corporaciones que la posean.

Organos de Gobierno

- a) Jefe Soberano (S.M. el Rey).
- b) Gran Maestre (es el Caballero Gran Cruz de mas alta graduación o, en su defecto, el Caballero Laureado de mayor jerarquía militar).
- c) El Capítulo (constituido por la Asamblea y la Maestranza).
- d) La Asamblea (la misma que la de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo).
- e) La Maestranza (constituida por todos los Caballeros de la Orden).

MEDALLA MILITAR

Recompensa para premiar hechos o servicios de *valor muy distinguido*, que puede ser concedida a título individual o colectivo, siendo pensionada en el primer caso; se rige por el Reglamento de 23 de agosto de 1975; y para su otorgamiento se exige la instrucción de Expediente.

CRUZ DE GUERRA

Recompensa para premiar actos o servicios *muy destacados*, se rige por el Reglamento de 23 de agosto de 1975; únicamente es pensionada cuando se concede a personal de las clases de tropa y marinería.

La Ley de 19 de julio de 1989 no hace mención a la Cruz de Guerra con Palmas, a la que alude la Ley General de Recompensas de 1970, por lo que nos inclinamos a sostener, en principio, que es una de las suprimidas, ya que en la citada Ley General se la contempla diferenciadamente y como tal se la reglamenta por separado; no obstante habrá que esperar a la nueva reglamentación para saber si es recogida como una modalidad de la recompensa que tratamos.

CRUCES DEL MERITO MILITAR, NAVAL Y AERONAUTICO CON DISTINTIVO ROJO

La Ley General de 1970 contempla esta recompensa de forma unitaria, bajo la denominación de Cruz Roja del Mérito Militar, regida por el Reglamento de 5 de marzo de 1976, para premiar hechos o servicios *destacados* y de eficacia reiterada en el desarrollo del combate dentro del periodo de duración de una campaña, como mínimo de seis meses.

Unicamente puede ser pensionada para el personal de las clases de tropa y marinería.

La nueva reglamentación habrá de establecer sus diseños, si bien existen precedentes históricos, excepto para la del Mérito Aeronáutico.

CITACION COMO DISTINGUIDO EN LA ORDEN GENERAL

Recompensa establecida para premiar actuaciones destacadas en el cumplimiento del deber y los méritos contraidos durante el transcurso de operaciones o servicios de campaña (art. 31 de la Ley General de 1970).

V. RECOMPENSAS DE TIEMPO DE PAZ

MEDALLAS DEL EJERCITO, NAVAL Y AEREA

Estas recompensas sólo podrán concederse con carácter muy excepcional, para premiar a quienes, en tiempo de paz, realicen algún hecho o hechos que supongan *valor distinguido* unido a virtudes militares y profesionales sobresalientes, pudiéndose otorgar con carácter colectivo; se rigen por un Reglamento unitario, de 5 de marzo de 1976.

Para su otorgamiento se exige la previa instrucción de Expediente y las otorgadas a título individual son pensionadas.

CRUCES DEL MERITO MILITAR, NAVAL Y AERONAUTICO CON DISTINTIVO BLANCO

Recompensas para premiar servicios o trabajos de *destacado* mérito e importancia, así como por perseverancia en la distinción cuando previamente se hayan obtenido dos recompensas de *Mención Honorífica Especial*; se rigen por un Reglamento Unitario, de 5 de marzo de 1976; pudiendo ser otorgadas con pensión o sin ella.

Categorías

- a) Gran Cruz, para Generales y Almirantes
- b) Cruz de 1ª clase, para Oficiales Superiores
- c) Cruz de 2ª clase, para Oficiales
- d) Cruz de 3ª clase, para Suboficiales
- e) Cruz de 4ª clase, para clases de tropa y marinería.

MENCION HONORIFICA

Puede ser de dos clases: sencilla y especial; la primera mención honorífica que se conceda será, siempre, sencilla; otorgándose, automáticamente, la especial a los que ya han sido objeto de dos menciones sencillas (art. 53 Ley General 1970).

VI. OTRAS RECOMPENSAS

REAL Y MILITAR ORDEN DE SAN HERMENEGILDO

Instituída para recompensar la constancia en el servicio militar, con intachable conducta, de los Oficiales Generales, Oficiales Superiores, Oficiales, Suboficiales Superiores y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil; se rige por el Reglamento de 14 de febrero de 1994, que ha derogado al de 25 de mayo de 1951.

Categorías

- a) Cruz: se concede por 20 años de servicio, con los abonos que procedan.
- b) Encomienda: se concede a los Caballeros o Damas Cruz, cuando cuenten 5 años de servicio, ostentando esta categoría, con los abonos que procedan.
- c) Placa: se concede a los Caballeros o Damas Comendador, cuando cuenten 5 años de servicio, ostentando esta categoría, con los abonos que procedan.
- d) Gran Cruz: se concede a los Oficiales Generales que sean Caballero o Dama Placa, cuando se cuenten, al menos, 3 años de servicio, ostentando esta categoría.

Organos de Gobierno de la Orden

- a) El Jefe y Soberano (S.M. el Rey).
- b) Gran Canciller (Será un Teniente General o Almirante, en posesión de la Gran Cruz de la Orden).
- c) El Censor (será un General de Brigada o Contraalmirante, en posesión de la Gran Cruz de la Orden).
- d) El Capítulo (lo integran los miembros de la Asamblea y 12 Caballeros por cada una de las 4 categorías).
- e) La Asamblea, constituida por:
 - el Gran Canciller y el Censor
 - Los Oficiales Generales y Almirantes que, perteneciendo a la Orden, hayan ejercido el cargo de Jefe de Estado Mayor de la Defensa, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, Jefe del Estado Mayor de la Armada, Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire o Jefe del Cuarto Militar de la Casa de S.M. el Rey.Permanecerán como miembros de la Asamblea durante un periodo de 6 años, a partir de la fecha de cese en los referidos cargos.
 - Seis Oficiales Generales en posesión de la Gran Cruz, 3 de ellos, al menos, con el empleo de General de División o Vicealmirante y 1 del Cuerpo Jurídico Militar.
 - Un Oficial General del Cuerpo de la Guardia Civil, en posesión de la Gran Cruz.
- f) La Cancillería (constituída por la Comisión Ejecutiva y la unidad administrativa).

Causas de inhabilitación para ingresar y permanecer en la Orden

- a) No podrán ingresar ni ascender en la Orden los condenados por cualquier delito o sancionados por falta grave o leve, mientras no hayan sido canceladas las correspondientes notas desfavorables.
- b) En ningún caso podrán ingresar, ascender ni permanecer en la Orden:
 - Los condenados a pena principal o accesoria de pérdida de empleo o suspensión de empleo.
 - Los sancionados en virtud de Expediente Gubernativo, con separación del servicio, suspensión de empleo o pérdida de puestos en el escalafón.
- c) No pueden permanecer en la Orden aquellos miembros que, habiendo sido condenados por un delito o sancionados por falta grave o leve, no hubieran solicitado la cancelación de la nota desfavorable en el plazo de 6 meses desde la fecha en que pudieran solicitarla.

- d) Causarán baja en la Orden los que tengan dos o más calificaciones anuales consecutivas con valoración *inferior o muy inferior a la media* en el concepto de *disciplina* o gocen de *prestigio profesional bajo, nulo o negativo* en los Informes Personales de Calificación, siempre y cuando el Superior Jerárquico del calificador no haya mostrado su desacuerdo con éste en alguno de ellos.

En este supuesto la no permanencia en la Orden queda a juicio de la Asamblea.

ASCENSO HONORIFICO Y POR MÉRITOS DE GUERRA

A pesar de que la Ley de 19 de julio de 1989, sobre Personal Militar Profesional no los menciona como recompensa, no cabe desconocer su naturaleza premial.

Así su art. 81.2 establece que *con carácter extraordinario y en atención a méritos excepcionales el Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, podrá conceder ascensos con carácter honorífico al militar de carrera que haya cesado, definitivamente, en la situación de servicio activo. Los ascensos honoríficos también se podrán conceder a título póstumo*; el hecho de limitar su concesión a personas ajenas al servicio activo o fallecidas no desvirtúa su auténtico carácter.

Más sorprendente es la afirmación recogida en el art. 81.3, respecto a los ascensos por méritos de guerra, una de las recompensas más importantes y de mayor tradición.

Ciertamente, no puede confundirse con el *avance en la escala* que preveía la Ley General de 1970 y que ha sido suprimido, puesto que dicho avance no presupone, necesariamente, un ascenso; pero, si, por un lado, dicho artículo establece que *no se otorgarán avances en el orden de escalafón o ascensos como recompensa* a renglón seguido preceptúa que *los ascensos por méritos de guerra se regularán por Ley*.

VII. RECOMPENSAS DESAPARECIDAS

La Ley de 19 de julio de 1989 ha hecho desaparecer una serie de recompensas, vigentes hasta su entrada en vigor y que venían recogidas en la Ley General de 1970; si bien las conservarán sus poseedores, con todos los derechos y beneficios inherentes, conforme a lo prevenido en la disp. final 1ª de la Ley vigente.

Recompensas afectadas

- a) Avance en la escala
- b) Cruz de Guerra con Palmas
- c) Medallas de Sufrimientos por la Patria
- d) Medallas de Mutilados
- e) Medallas de las Campañas
- f) Citación en la Orden (en tiempo de paz)

A algunas de estas recompensas ya hemos aludido, haciendo determinadas puntualizaciones, pero queremos detenernos, especilamente, a considerar las medallas conmemorativas de campañas; por su propia razón de ser, no se trata de recompensas de carácter permanente y tienen una larga tradición en nuestro Derecho premial militar; estimamos, por estos motivos, que no existe óbice legal que impida, en el futuro, su creación para cada caso concreto.

En un principio se establecieron para hechos de armas puntuales y en este sentido son numerosas las creadas con motivo de la Guerra de la Independencia, Guerras de emancipación de la América Continental y Guerra Carlista (1833-1840), entre otras; la primera que se establece de forma unitaria es la medalla de la campaña de Africa de 1860 y desde entonces se acentúa esta tendencia, apareciendo, junto a medallas generales de campaña otras conmemorativas de hechos concretos, tal ocurre con la Guerra Carlista (1872-1876) y las campañas de Cuba y Filipinas.

En el siglo XX se consolida la tendencia a establecer una sola medalla conmemorativa por campaña y así aparecen las de Marruecos (1909-1927), España (1936-1939), Rusia (1941-1943), Ifni-Sahara (1958) y Sahara (1977), no prosperando el intento de la medalla única de campaña, con distintivo pasadores, creada por la 2ª República en 1931, que fue suprimida en 1937.

LA LEY DISCIPLINARIA DE LA GUARDIA CIVIL. RASGOS GENERALES Y PECULIARIDADES

Rafael Matamoros Martínez
Comandante Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCION. 1.1. EL ORIGEN DE LA LEY DISCIPLINARIA DE LA GUARDIA CIVIL. 1.2. SISTEMATICA DE LA LEY. COMPARACION CON LA LEY DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS. 1.3. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY. II. PECULIARIDADES SUSTANTIVAS. 2.1. PARTE GENERAL. 2.2. PARTE ESPECIAL. LAS FALTAS. III. PECULIARIDADES PROCEDIMENTALES. 3.1. POTESTAD Y COMPETENCIA. 3.2. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES. 3.3. LOS RECURSOS.

I. INTRODUCCION

1.1. El origen de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil

Fue creada la Guardia Civil por Real Decreto de 13 de mayo de 1844 como Cuerpo Militar encargado, según proclama el art. 1 del Reglamento para su servicio (aprobado por Real Decreto de 9 de octubre del mismo año), de conservar el orden público, proteger a las personas y a las propiedades y asegurar la ejecución de las Leyes y se le hizo, por lo tanto, depender, desde el primer momento:

- del Ministerio de la Guerra, por lo tocante a *su organización, personal, disciplinaria, material y percibo de sus haberes* (arts. 3.1º del mismo Reglamento para el servicio, y 1 del Capítulo I del Reglamento Militar del Instituto, aprobado por Real Decreto de 15 de octubre de 1844);
- Y del Ministerio de la Gobernación de la Península en cuanto al *servicio y acuartelamiento* (art. 3.2º del Reglamento para el Servicio).

La dimensión militar de la Guardia Civil quedaría posteriormente acentuada. Conservando su dependencia del Ministerio de la Gobernación en cuanto al

servicio, se convirtió formalmente en un Cuerpo del Ejército de Tierra, por obra del art. 22 de la Ley Constitutiva del Ejército, de 29 de noviembre de 1878. La integración se vio confirmada por el art. 5 de la Ley de reorganización del Ejército, de 19 de julio de 1889, y de ella se hizo eco en su art. 1 el aún vigente, al menos en parte, Reglamento Militar del Instituto aprobado por Orden del Ministerio del Ejército de 23 de julio de 1942.

No alteró sustancialmente tal situación la Ley 55/78, de 4 de diciembre, de la Policía, norma preconstitucional que, pese a determinar en su art. 1 que la Guardia Civil se constituía como uno de los Cuerpos de Seguridad del Estado, cuyo mando correspondía al Ministro del Interior, cuidaba de precisar que la Dirección General del Instituto dependía del Ministerio de Defensa (art. 3.2) y que *la Guardia Civil tendrá fuero militar, salvo en lo que se refiere a los delitos que se cometan contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en la presente Ley y a los cometidos... por los miembros de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones que esta Ley les encomienda* (art. 5, números 1 y 3).

Tampoco la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar desligó expresamente a la Guardia Civil del Ejército, pese a evidenciar intenciones de hacerlo –pues trata separadamente de las Fuerzas Armadas (arts. 23 al 31) y de la Guardia Civil (arts. 38 y 39).

Es por ello explicable que la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LDFAS), diera por sentada su aplicabilidad al Cuerpo de la Guardia Civil, parte de aquéllas por serlo del Ejército, sin hacer respecto de él precisión alguna e incluyendo dentro de la lista de Autoridades con potestad disciplinaria al Director y al Subdirector General de la Guardia Civil (arts. 19, números 2 y 3, 21 y 22).

La Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en lo sucesivo, LFCS), desarrollando el artículo 104 de la Constitución, desvinculó definitivamente de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil, configurada ya como Instituto Armado integrado en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 9.b); pero no por ello le privó de su naturaleza militar, que proclama en el propio precepto citado y en sus arts. 13.1 y 15. Se redefine así el concepto de “Institución Militar”, al que se refería el art. 1 de las Reales Ordenanzas Militares (RO), como ente comprensivo no sólo de los Ejércitos, sino también de los demás Institutos y Cuerpos que, sin pertenecer a las Fuerzas Armadas, tengan legalmente atribuido carácter militar.

Correlativamente, quiere la LFCS que ese Instituto Armado de naturaleza militar que es la Guardia Civil:

- Se estructure jerárquicamente según los diferentes empleos (art. 13.1).
- Se rija, en lo que a su estatuto concierne, por lo dispuesto en ella, en las normas que la desarrollaran y *en el ordenamiento militar*, con expresa limi-

tación de las libertades políticas y sindicales para sus miembros (arts. 13.2 y 15.2).

– Conserve una fuerte dependencia *estructural* y para posibles misiones de tipo militar, del Ministerio de Defensa (art. 14, números 2 y 3).

– Y se rija, a efectos disciplinarios, *por su normativa específica* (art. 15.1).

Durante casi tres años, se entendió pacíficamente que ese régimen disciplinario específico de la Guardia Civil no era otro que el de las Fuerzas Armadas. La *especificidad* se predicaba respecto del régimen prevenido en los arts. 27 y 28 de la LFCS para el Cuerpo Nacional de Policía. Así, el Tribunal Constitucional manifestó en su Auto número 1265/88, que *la normativa disciplinaria propia de la Guardia Civil es, mientras no se prevea otra singular o singularidades específicas, la de las Fuerzas Armadas*. Y en el Auto número 5/89, que *la Guardia Civil, por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios se regirá por su normativa específica, es decir, no por la contenida en la LO 2/1986 sólo aplicable a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía*.

Sin embargo, el Alto Tribunal dió algo parecido a un giro copernicano en su Sentencia número 194/89, de 16 de noviembre. Pronunciándose *“obiter dicta”* en el Fundamento Jurídico 4, declaró lo siguiente:

Reiteremos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia Civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas (ATC 1265/88), y añadimos que esta previsión legislativa contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 y antes en el artículo 38.2 de la L.O. 6/80, no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie a una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar. El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión.

El legislador se dió por enterado y, con pocas variaciones, un proyecto presentado por el Gobierno se convirtió en la Ley Orgánica 11/91, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LDGC).

1.2. Sistemática de la Ley. Comparación con la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas

La LDGC forma, con la LDFAS, el sistema disciplinario militar, en el que esta última es tronco común y aquélla rama especial. Así lo hace patente el art. 1 de la LDGC, a cuyo tenor:

El régimen disciplinario de la Guardia Civil tiene por objeto garantizar la observancia de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución, así como el cumplimiento de las órdenes, de conformidad con su carácter de Instituto armado de naturaleza militar y estructura jerarquizada, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda.

Por la misma razón, la LDFAS es de aplicación supletoria en todas las cuestiones no previstas en la LDGC (Disposición Adicional 1ª de ésta).

Sin embargo, la LDGC es fruto de un maridaje entre la LDFAS, de la que toma principalmente su contenido, y el Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, establecido en los arts. 27 y 28 de la LFCS y en el Real Decreto 884/89, de 14 de julio, cuyas aportaciones, sistemáticas y específicas, no son desdeñables.

A lo largo de sus 68 artículos, agrupados en 7 Títulos, dispensa un tratamiento global e integrado a las faltas, que clasifica en leves, graves y muy graves, y a los procedimientos sancionadores. Se asemeja en ello al Régimen Disciplinario de la Policía y se diferencia de la LDFAS, que configura dos mundos diferentes:

- El de las *faltas* (graves y leves) y los procedimientos para su depuración (Títulos I al IV).
- Y el de las causas de imposición de *sanciones disciplinarias extraordinarias* y el Expediente Gubernativo (Título V).

La concepción uniforme de los asuntos disciplinarios que guía el texto de la LDGC facilita la aplicación de la Ley y permite generalizar instrumentos y soluciones que la práctica había demostrado resultaban eficaces para el fin perseguido, esto es, el mantenimiento de la disciplina dentro del respeto a los derechos del militar.

El siguiente cuadro comparativo pone de relieve lo antes dicho:

LDGC	LDFAS
7 Títulos, 68 arts., 2 Disposiciones Adicionales y 1 Transitoria.	5 Títulos, 77 arts., 2 Disposiciones Transitorias, 4 Adicionales, 1 Final y 1 Derogatoria.
<ul style="list-style-type: none"> - Tít. I. Disposiciones Generales. - Tít. II. Potestad Disciplinaria. - Tít. III. Faltas y sanciones. - Tít. IV. Procedimiento Sancionador. - Tít. V. Anotación y cancelación de las sanciones. - Tít. VI. Recursos. - Tít. VII. Prescripción. 	<ul style="list-style-type: none"> - Tít. I. Disposiciones Generales. - Tít. II. De la potestad disciplinaria. - Tít. III. De las faltas y sus sanciones. - Tít. IV. Del procedimiento sancionador. - Tít. V. Del Expediente Gubernativo.

En líneas generales, y no obstante algunas deficiencias —graves en ocasiones— en la tipificación de las infracciones cabe predicar la mayor bondad técnica de la LDGC, que resuelve con notable acierto temas tan espinosos como el de la prescripción de las infracciones y sanciones y articula medios que permiten una más flexible ejecución de las sanciones disciplinarias.

1.3. Ambito de aplicación de la ley

1.3.1. Indistinción formal entre miembros profesionales y no profesionales del Instituto

Por disposición de su art. 2.1, la LDGC se aplica:

A) A los miembros profesionales de la Guardia Civil, esto es, *militares de carrera* del Instituto que ostenten los empleos comprendidos entre Guardia 2º y General de División, mientras se hallen en alguna de las situaciones administrativas de:

- Servicio activo, disponible, suspenso de empleo o suspenso de funciones, definidas en los arts. 97, 98, 101 y 102 de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (en adelante, LRPM).
- Servicios especiales, cuando los presten en puestos administrativos no relacionados con la defensa o en organismos, entidades o empresas de interés para la defensa (art. 99, números 1, letras d) y e), y 3 LRPM).
- Excedencia voluntaria por ingreso en un Centro Docente Militar de Formación o atención al cuidado de los hijos (art. 100, números 2, 3 y 9 LRPM).
- Reserva Activa, regulada por la Ley 20/81, de 6 de julio, el Real Decreto-Ley 13/84, de 12 de diciembre, y la Ley 51/84, de 26 de diciembre, existente únicamente para los componentes profesionales de la Guardia Civil, hasta que se desarrollen para el Instituto las previsiones contenidas en el artículo 103 de la LRPM (vid. Disposición Derogatoria, párrafo 2, de la propia LRPM). El proyecto de Ley en el que se completa el Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en período de tramitación parlamentaria (B.O. de las Cortes Generales, Serie A, núm 36-1, de 26-XI-93) introducirá, si llega a cometerse en norma jurídica, ciertas modificaciones si las situaciones de servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria, reserva, para los miembros de este Instituto Armado.

B) A los Guardias Eventuales, cuyo estatuto, sin par en la Administración Militar o Civil del Estado, regulan los arts. 7.b) y siguientes de la Orden de 31

de julio de 1987, y que, sin ser profesionales, tampoco pueden equipararse a los alumnos de los Centros Docentes Militares de Formación de los que se ocupan los arts. 55 y 56.2 de la LRPM.

C) A los Guardias Auxiliares, militares no profesionales a tenor de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, *mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas*, como precisa el propio art. 2.1. de la LDGC. El *status* de los Guardias Auxiliares, regulado en el Real Decreto 99/88, de 12 de febrero, es, sin embargo, provisional, pues la misma Disposición Transitoria de referencia *concedía a la Administración un plazo que concluía el 31 de diciembre de 1993* y ha sido prorrogado por un año por obra del artículo 27.3 de la Ley 21/93, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, para que *determine reglamentariamente el régimen de los militares de empleo en la Guardia Civil*.

A diferencia de la LDFAS, que a lo largo de su articulado tiene siempre presente la distinción entre militares profesionales y no profesionales, la LDGC dispensa formalmente el mismo tratamiento a unos y a otros. Con todo, la subsidiariedad de la LDFAS debe conducir a distinguir entre componentes profesionales y no profesionales del Instituto en tres aspectos:

- Menor severidad en el castigo de las faltas cometidas por los no profesionales (art. 6 LDFAS).

- Cumplimiento total por los no profesionales de los arrestos que les hubieren sido impuestos antes de su pase a la Reserva (art. 47 LDFAS).

- Aplicabilidad exclusiva a los profesionales de las disposiciones sobre faltas muy graves, sus sanciones y el expediente gubernativo. Por lo demás, avalan este criterio la inadecuación a los no profesionales de las sanciones por falta muy grave de pérdida de puestos en el escalafón y suspensión de empleo y la existencia de mecanismos específicos para la expulsión o baja en el Cuerpo de la Guardia Civil de los Guardias Auxiliares (art. 10 del Real Decreto 99/88) y de los Guardias Eventuales (art. 10 de la Orden de 31 de julio de 1987).

1.3.2. Exclusión de los Alumnos de los Centros de Formación del Instituto.

Los Alumnos de los Centros de Formación de la Guardia Civil no están, en principio, sometidos a las disposiciones de la LDGC sino, como declara su art. 2.2, a los *Reglamentos Disciplinarios específicos* de tales Centros, *que deberán adecuarse a lo regulado en la ... Ley*.

Dicha norma, concordante con lo previsto para los Alumnos de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas por el art. 3, párrafo segundo, de las LDFAS en su inicial redacción, constituye ahora una nota discordante en el sis-

tema disciplinario militar. La reforma introducida por la Ley Orgánica 13/91 en el art. 3, citado, y en la Disposición Adicional Tercera de las LDFAS ha determinado la sujeción de los Alumnos de los Centros de Formación de los Ejércitos a esta Ley Disciplinaria.

Debe, no obstante, señalarse que no todos los Alumnos de los Centros de Formación de la Guardia Civil estarán fuera del ámbito de aplicación de las Leyes Disciplinarias. Quienes ya fueran militares profesionales, de carrera o de empleo, de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, habrían pasado, al ingresar en tales Centros, a la situación de excedencia voluntaria en su escala de origen y continuarán sometidos a la Ley Disciplinaria que anteriormente les fuera de aplicación, por imperativo del art. 100, números 2 y 9, *contrario sensu de la L RPM*. En definitiva, sólo para los alumnos procedentes del mundo civil será exacto lo que dispone el art. 2.2 de la LDGC. Si la proyectada Ley complementaría del Régimen del Personal del Instituto llega a ver la luz, los miembros del cuerpo que fuesen en Centros de Enseñanza para acceder a una promoción interna a escala de la misma Guardia Civil no pasarían a excedencia voluntaria, según su artículo 6.

II. PECULIARIDADES SUSTANTIVAS

2.1. Parte general

2.1.1. Las infracciones

La LDGC distingue, en su art. 6.2, entre faltas leves, faltas graves y faltas muy graves.

Ninguna peculiaridad en cuanto a su naturaleza ofrecen las faltas leves respecto de las previstas en la LDFAS.

Las faltas graves de la LDGC resultan semejantes a las de igual clase de las LDFAS, con la única excepción de la consistente en *ser condenado por un Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, mediante sentencia firme dictada en aplicación de normas distintas de las contenidas en el Código Penal Militar, a cualquier pena leve como autor de falta penal dolosa, siempre que afecte al servicio o al decoro de la Institución*, prevista, en el artículo 8.26. Tal infracción es análoga a la causa de responsabilidad establecida en el artículo 60 de la LDFAS.

Las faltas muy graves de la LDGC son tres clases:

- de acción u omisión,
- de conducta,
- y de reflejo de condena criminal.

Dejando aparte la notable ampliación del catálogo de este tipo de infracciones en el art. 9 de la LDGC respecto del más restringido que se contiene en los arts. 59 y 60 de la LDFAS, lo verdaderamente característico de las faltas muy graves es la existencia de varias que lo son de acción u omisión, como las faltas leves y graves. Ninguna particularidad revisten, en cambio, por lo que a su esencia concierne, las faltas muy graves de conducta y de reflejo de condena criminal en relación con las causas de sanción disciplinaria extraordinaria de las LDFAS.

2.1.2. Las sanciones

A) Las sanciones que para las faltas leves prevé el art. 10.1 de la LDGC son las siguientes:

1. Represión, definida en el art. 11 y que es idéntica a la que establece el art. 12 de la LDFAS.
2. Arresto de 1 a 30 días, definido en el art. 13.1 y que presenta, en relación con la sanción homónima que contempla el art. 14 LDFAS, la peculiaridad de que siempre ha de cumplirse por el interesado en su domicilio.
3. Pérdida de 1 a 4 días de haberes que, a tenor de los arts. 12 y 56 de la LDGC, comporta la reducción de las retribuciones y la suspensión del interesado en sus funciones por el tiempo de su duración.

La reducción retribuida se determina con arreglo a la fórmula siguiente: Integro mensual cuando falta "x" nº de días de duración 30. La suspensión de funciones que conlleva no produce efectos administrativos.

Esta sanción, novedad de la LDGC, es semejante a la pérdida de remuneración definida en los arts. 28 LFCS y 12 y 52 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

B) Las sanciones previstas en el art. 10.2 de la LDGC para las faltas graves son las siguientes:

1. Pérdida de 5 a 20 días de haberes, que, con arreglo a los mismos arts. 12 y 56 de la Ley, es idéntica a su homónima por falta leve, aunque de mayor extensión, con la particularidad de que el sancionado podrá fraccionar, si lo solicita del órgano que ha de hacer el descuento, el pago hasta en cinco mensualidades.
2. Arresto de un mes y un día a tres meses en establecimiento disciplinario militar, definido en el art. 13.2, que es idéntico al que establece el art. 15 de la LDFAS. De hecho, no aparece inconveniente legal alguno en que el castigo pudiera cumplirse por los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas en los mismos establecimientos.

3. Pérdida de destino, definida en el art. 14, que sólo difiere de la que establece el art. 16 de la LDFAS en que la demarcación territorial a la que no podrá retornar el castigado durante los dos años siguientes a la imposición es siempre la de la Comandancia donde se ubique el destino perdido.

C) Para las faltas muy graves prevé el art. 10.3 y definen los arts. 15 al 17 las mismas tres sanciones que, con el carácter de extraordinarias, configuran los arts. 61 al 64 LDFAS, a saber:

- Pérdida de puestos en el escalafón.
- Suspensión de empleo.
- Y separación del servicio.

No existe en la LDGC ningún precepto que, como el artículo 74 de la LDFAS, predetermina las sanciones que deban o puedan imponerse al interesado en determinados casos de condena por sentencia firme a pena privativa de libertad por delito no militar.

D) Las novedades que, en cuanto al cumplimiento y efectos de las sanciones disciplinarias, introduce la LDGC pueden concretarse en tres:

1. Determinación concreta de la eficacia temporal de las resoluciones sancionadoras, por obra del art. 54, del que resulta lo siguiente:

- Las resoluciones sancionadoras no son eficaces —y las sanciones no pueden ser cumplidas— hasta que se notifican a los interesados. Nótese que, sin embargo, sí se iniciará el plazo de prescripción de la sanción a partir del momento en que exista la resolución que la imponga (art. 68.5 LDGC).
- Puede la Autoridad o Mando que las adopte demorar la eficacia de las resoluciones a un momento posterior al de la notificación.
- Las resoluciones sancionadoras no tienen eficacia retroactiva.
- A partir del momento de su eficacia, los actos sancionadores gozan del privilegio de no quedar suspendidos por el mero hecho de que contra ellos se interpusiere un recurso. Puede, sin embargo, en los casos legalmente previstos, la Autoridad Disciplinaria o Judicial acordar expresamente la suspensión durante la tramitación del recurso interpuesto (cfr. arts. 67 LDGC de la Ley Procesal Militar, LPM).

2. Posibilidad de que, mediando justa causa, pueda el Director General de la Guardia Civil —y ha de entenderse, por extensión, que también el Ministro de Defensa— acordar, al amparo del art. 58:

- La suspensión del castigo impuesto.
- O su inejecución.

Pese a que el precepto citado sólo contempla la posibilidad de actuación de las Autoridades competentes a propuesta de las Autoridades o Mandos sancio-

nadores, nada se opone a que la suspensión o la inejecución sean solicitadas por el interesado o acordadas de oficio por aquéllas.

3. Anotación de todas las sanciones impuestas por aplicación de la LDGC en toda la documentación personal de los interesados (art. 59).

2.1.3. La prescripción

A) De las faltas

Existe en la LDGC un sólo régimen de prescripción de las faltas, definido en los números 1 al 4 del art 68, y no dos distintos, como sucede en la LDFAS por obra de sus arts 17 y 65.

Caracterizan a tal regulación las notas siguientes:

- Los plazos son idénticos a los establecidos en la LDFAS, es decir, 2 meses para las faltas leves, 6 meses para las graves y 2 años para las muy graves.
- El cómputo del término extintivo finaliza cuando se dicta la resolución sancionadora.
- Los plazos se interrumpen, para toda clase de infracciones —incluso leves— cuando para esclarecerlas se incoe expediente disciplinario o gubernativo. Si no se dictara resolución dentro del período máximo fijado para la conclusión del procedimiento, se reiniciaría desde el principio el cómputo del plazo de prescripción, como sucede en la LDFAS con las causas de imposición de sanciones extraordinarias (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5ª, de 20-XI-89, F.J. 1º).
- Cuando el procedimiento sancionador deba iniciarse como consecuencia de una sentencia judicial condenatoria, por tratarse de la falta grave del art. 8.26. o de la muy grave del art. 9.10, el cómputo del plazo de prescripción sólo comenzará a partir del momento en que la Administración Disciplinaria reciba testimonio de tal sentencia.

Correlativamente, la Disposición Adicional 2ª de la LDGC impone a los Jueces y Tribunales de cualquier jurisdicción la obligación de poner *en conocimiento de la Dirección General de la Guardia Civil toda resolución que ponga fin a los procesos penales por delito o falta que afecten a personal sometido a la presente Ley*, norma no siempre cumplida y que resulta más amplia que la establecida por la Disposición Adicional 1ª de la LDFAS (aunque ésta queda completada por el art. 340 de la LPM).

B) De las sanciones

Como en el caso de las infracciones, los plazos de prescripción de las sanciones, determinados por el art. 68.5 de la LDGC, son idénticos a los fijados por la LDFAS en sus arts. 37 y 65: 2 meses, si se impusieron por falta leve; 6 meses, si por falta grave; y 4 años, si por falta muy grave.

Tales plazos se contarán desde que se adopte la resolución sancionadora o desde que se quebrante el castigo, pero quedarán interrumpidos:

- Desde que se inicie el cumplimiento del castigo, si es de los que prolongan sus efectos en el tiempo.
- Desde que se hiciera imposible el cumplimiento, por causa imputable a la Administración (excepto si consiste en la demencia del interesado, por aplicación analógica del art. 82 del Código Penal, CP).
- Desde que se acuerde la suspensión del cumplimiento a tenor de los arts. 67 o 58 LDGC o 513 y 456 LPM.

2.2. Parte especial. Las faltas

2.2.1. Notas distintivas

Los rasgos diferenciadores del catálogo de infracciones previsto en la LDGC respecto de los tipos establecidos en la LDFAS son, en síntesis, los siguientes:

- a) Adición de faltas relacionadas con la actividad policial de los miembros de la Guardia Civil, a semejanza de las establecidas en el Régimen Disciplinario de la Policía.
- b) Diferente tratamiento de las faltas de abandono de destino o residencia, que:
 - Tanto en su variedad de falta leve (art. 7.6) como en la de falta grave (art. 8.10), exigen, no sólo la ausencia del interesado, sino también que se produzca *con infracción de las normas sobre permisos*.
 - Por lo que a la falta grave del art. 8.10 respecta, ha quedado desconectada del conjunto constituido por los arts. 119 y 119 bis del Código Penal Militar, reformados por la Ley Orgánica 13/91, de suerte que, para los miembros no profesionales de la Guardia Civil, las ausencias injustificadas de duración superior a tres días e inferior a quince no son falta grave ni delito. Ello no implica su irrelevancia, puesto que tales conductas tienen acomodo dentro de las causas de expulsión establecidas en los arts. 10 del Real Decreto 99/88 y 185 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar de 21 de marzo de 1.986, derogado con carácter general por el vigente Reglamento de Reclutamiento pero aún

aplicable en el marco de la Guardia Civil (para los Guardias Auxiliares), y 10 de la Orden de 31 de julio de 1.987 (para los Guardias Eventuales).

- c) Endurecimiento del trato dispensado a la embriaguez y las toxicomanías, que serán, como mínimo, falta leve (números 20 y 22 del art. 7); cuando tengan trascendencia pública, falta grave (art. 8.22); y, en caso de habitualidad, que se presume cuando exista constancia de al menos dos episodios, o relación con el servicio, muy grave (art. 9.7).
- d) Agravamiento de las infracciones a los deberes de neutralidad política y sindical, que serán:
 - Falta muy grave cuando consistan en la promoción o pertenencia a partidos políticos o sindicatos legalmente establecidos o clandestinos o en el desarrollo de actividades políticas o sindicales (art. 9.6).
 - Falta grave, si se conculca gravemente el deber de neutralidad política mediante actos o expresiones irrespetuosos (art. 8.3).
 - Y falta leve, si se trata de cualquier otra infracción leve de ese mismo deber de neutralidad política (art. 7.27).
- e) Mayor exigencia de responsabilidad por la infracción de normas sobre incompatibilidades, que constituye siempre falta muy grave (art. 9.5). Con todo, las ligeras contravenciones a la normativa sobre incompatibilidades deberán considerarse simples faltas leves con arreglo al art. 7.27.
- f) Ausencia de un término medio en las infracciones contra la dignidad de la Institución, que sólo pueden ser falta leve, cuando consistan en una acción u omisión (art. 7.22) o muy grave, si se trata de una conducta reiterada (art. 9.8).
- g) Omisión de un tipo específico de quebrantamiento de sanciones o medidas disciplinarias, que ha de suplirse aplicando los tipos de inexacto cumplimiento o franca desobediencia, simple o reiterada,—en relación con la orden de cumplir la sanción o medida cautelar— leve (art. 7.10), grave (art. 8.16) o muy grave (art. 9.8), según las circunstancias del caso.
- h) Introducción, como ya se dijo, dentro de las faltas graves de una consistente en el reflejo de condenas impuestas por faltas penales (art. 8.26).
- i) Y configuración como falta leve (art. 7.26), grave (art. 8.28) y muy grave (art. 9.11) de la tolerancia por los mandos de la comisión de faltas de la respectiva clase.

2.2.2. Las infracciones en particular

A) Las faltas leves

a) Clasificación

Siguiendo la sistemática de las Instrucciones para la aplicación de las LDFAS, aprobadas por Orden 43/86, de 27 de mayo (en adelante, IDFAS) pueden las faltas leves agruparse en:

1. Faltas contra los deberes del servicio.
2. Faltas contra la disciplina.
3. Faltas contra el decoro.
4. Faltas contra la Hacienda.
5. Infracción genérica.

b) Enumeración

1. Faltas contra los deberes del servicio

Faltas contra los deberes genéricos del servicio

- Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales (art. 7.2).
* Tiene correspondencia con las faltas graves previstas en los números 5 y 7 del art. 8 LDGC.
- Falta de interés en la preparación personal para el desempeño de la función encomendada (art. 7.3).
* Puede tener correspondencia con la falta grave prevista en el número 5 del art. 8 LDGC.
- Inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior (art. 7.9).
- Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas (art. 7.10).
* Tiene correspondencia con las faltas graves previstas en los números 13 y 16 del art. 8 LDGC.

Incumplimiento de los deberes específicos

1. Trato incorrecto con los ciudadanos
 - en el desempeño del servicio,
 - o vistiendo de uniforme (art. 7.1).
* Tiene correspondencia con las faltas graves previstas en los números 1 y 15 del art. 8 LDGC.

2. Indiscreciones en materia de obligada reserva, cuando no constituyan infracción más grave (art. 7.7).

* Tiene correspondencia con:

- la falta grave del número 11 del art. 8 LDGC;
- los delitos de los arts.
.153 al 156 CPM,
.364 al 368 CP.

3. Negligencia en la conservación y uso de los locales, material y demás elementos del servicio (art. 7.8).

- Tiene correspondencia con la falta grave prevista en el número 12 del art. 8 LDGC.

4. Descuido en el aseo personal (art. 7.16).

* Tiene correspondencia con la falta grave del número 5 del art. 8 LDGC.

5. Infracción de las normas que regulan la uniformidad (art. 7.16).

* Tiene correspondencia con:

- la falta grave del número 5 del art. 8 LDGC;
- el delito del art. 164 CPM.

Faltas contra el deber de presencia

1. Falta de puntualidad en los actos de servicio, si no constituye infracción más grave (art. 7.5).

- Puede tener correspondencia con las faltas graves previstas en los números 8 y 9 del art. 8 LDGC.

2. Ausencias injustificadas de los actos de servicio (art. 7.5).

- Tiene correspondencia con las faltas graves previstas en los números 8 y 9 del art. 8 LDGC.

3. Ausencia del lugar de destino o residencia por un plazo inferior a 24 horas, con infracción de las normas sobre permisos (art. 7.6).

- Tiene correspondencia con la falta grave del número 10 del art. 8 LDGC.

2. Faltas contra la disciplina

Falta de subordinación

1. Manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio o en relación con las órdenes del Mando (art. 7.4).

- Tiene correspondencia con la falta grave del número 17 del artículo 8 LDGC.

2. Falta de respecto a los superiores, y en especial, las razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos (art. 7. 14).
 - Tiene correspondencia con la falta grave del número 16 del art. 8 LDGC.
3. Hacer reclamaciones en forma o términos irrespetuosos (art. 7. 15)
 - Tiene correspondencia con las faltas graves de los números 17 y 18 del art. 8 LDGC.
4. Hacer reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario (art. 7. 15)
 - Tiene correspondencia con las faltas graves de los números 17 y 18 del art. 8 LDGC.
5. Omisión de saludo a un superior, no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que regulan el saludo (art. 7. 18).
 - Puede tener correspondencia con las faltas graves de los números 17 y 18 del art. 8 LDGC.

Abuso de Autoridad

1. Tratar de forma incorrecta o desconsiderada a los subordinados (art. 7. 14).
 - Tiene correspondencia con la falta grave del número 14 del art. 8 LDGC.
2. Invasión, sin razón justificada, las competencias atribuidas reglamentariamente a los subordinados (art. 7. 12).
 - * Puede tener correspondencia con:
 - la falta grave del número 14 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 103 y 138 CPM.
3. No tramitar las peticiones o reclamaciones formuladas, siempre que no constituya falta grave (art. 7. 13).
 - * Puede tener correspondencia con:
 - la falta grave del número 15 del art. 8 LDGC.
 - los delitos previstos en los arts. 103 y 138 CPM.

Tolerancia de faltas leves

1. Tolerar en los subordinados manifestaciones de tibieza o disgusto
 - en el servicio,
 - o relación con las órdenes del mando (art. 7. 4).
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta grave del número 28 del art. 8 LDGC.
 - los delitos previstos en los arts. 96 y 137 CPM.
2. Tolerar en el personal subordinado alguna de las conductas tipificadas como falta leve en la LDGC (art. 7. 26).

* Tiene correspondencia con:

- la falta grave del número 28 del art. 8 LDGC.
- la falta muy grave del número 11 del art. 9 LDGC.
- los delitos previstos en los arts. 96 y 137 CPM.

3. Faltas contra el decoro

1. Ostentar insignias, condecoraciones y otros distintivos militares o civiles, sin estar autorizado para ello (art. 7. 17).

- Tiene correspondencia con el delito previsto en el art. 164 CPM.

2. Las riñas o altercados entre compañeros, cuando no constituyan infracción más grave (art. 7. 19).

* Tiene correspondencia con:

- la falta grave del número 19 del art. 8 LDGC.
- el delito previsto en el art. 162 CPM.

3. Embriagarse fuera del servicio, cuando no constituya el hecho falta grave (art. 7. 20).

* Tiene correspondencia con:

- la falta grave del número 22 del art. 8 LDGC.
- la falta muy grave del número 7 del art. 9 LDGC.

4. Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición de Guardia Civil, salvo en acto de servicio (art. 7. 21).

- Puede tener correspondencia con la falta muy grave del número 8 del art. 9 LDGC.

5. Realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución (art. 7. 22).

- Tiene correspondencia con la falta muy grave del número 8 del art. 9 LDGC.

6. El juego en dependencias oficiales, siempre que no constituyan un mero pasatiempo o recreo (art. 7.23).

- Puede tener correspondencia con la falta muy grave del número 8 del art. 9 LDGC.

7. Contraer deudas injustificadas con subordinados (art. 7.24).

- Puede tener correspondencia con la falta muy grave del número 8 del art. 9 LDGC.

4. Faltas contra la Hacienda

1. Sustraer material o efectos de carácter oficial y de escasa entidad (art. 7.25).

- Tiene correspondencia con la falta grave del número 25 del art. 8 LDGC.

2. Deteriorar material o efectos de carácter oficial y de escasa entidad (art. 7. 25).

– Tiene correspondencia con la falta grave del número 25 del art. 8 LDGC.

5. Infracción Genérica

Las demás acciones y omisiones que, no estando incluidas en los tipos anteriores, constituyan una leve infracción a los deberes que imponen las disposiciones que rigen la actuación de la Guardia Civil (art. 7. 27).

B) Las faltas graves

a) Clasificación

En la línea marcada por las IDFAS, pueden clasificarse las faltas graves del modo siguiente:

1. Faltas contra los deberes del servicio.
2. Faltas contra la disciplina.
3. Faltas contra el decoro.
4. Faltas contra la Hacienda.
5. Falta contra los deberes cívicos y políticos.
6. Reincidencia en faltas.
7. Repercusión disciplinaria de las condenas por falta penal.

b) Enumeración

1. Faltas contra los deberes del servicio

Faltas contra la eficacia en el servicio

1. Eludir la tramitación o resolución de los asuntos que le están encomendados por su función o cargo (art. 8. 4).
* Puede tener correspondencia con:
 - la falta leve del número 13 del artículo 7 LDGC;
 - la falta muy grave del número 3 del artículo 9 LDGC;
 - el delito del artículo 130 CPM.
2. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales, causando perjuicio grave al servicio (art. 8.5).
* Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 2 del artículo 7 LDGC;

- las faltas muy graves de los números 3 y 4 del artículo 9 LDGC;
 - los delitos previstos en los artículos 158 y 160. 4º CPM.
3. La negligencia en la preparación, instrucción o adiestramiento de las Fuerzas o personal subordinado (art. 8.7).
- * Puede tener correspondencia con:
- la falta leve del número 2 del artículo 7 LDGC;
 - los delitos previstos en los artículos 132, 157. 4º y 158 CPM.
4. La negligencia en la conservación y uso de los locales, material y demás elementos del servicio, causándole daño al mismo (art. 8.12).
- * Tiene correspondencia con:
- la falta leve del número 8 del artículo 7 LDGC;
 - el delito previsto en el artículo 155 CPM.
5. La negligencia en el cumplimiento de una orden recibida, causando grave daño al servicio (art. 8.13).
- * Tiene correspondencia con:
- las faltas leves previstas en los números 2 y 10 del artículo 7 LDGC;
 - el delito del artículo 158 CPM.

Quebrantamiento de servicio

- El abandono del servicio, cuando no constituya delito (art. 8.8).
- * Tiene correspondencia con:
- la falta leve del número 5 del artículo 7 LDGC;
 - los delitos previstos en los artículos 144 al 146 CPM.

Deslealtad

1. Dejar de prestar servicio:
- Amparándose en una supuesta enfermedad,
 - O prolongando la baja para el mismo (art. 8.9).
- * Tiene correspondencia con:
- la falta leve prevista en el número 5 del artículo 7 LGDC;
 - la falta muy grave del número 8 del artículo 9 LGDC.
 - el delito previsto en el artículo 117 CPM.
2. Quebrantar el secreto profesional o no guardar el debido sigilo en asuntos que conozca por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones profesionales, cuando no constituya delito (art. 8. 11).
- * Tiene correspondencia con:
- la falta leve del número 7 del artículo 7 LDGC;
 - los delitos de los artículos, 153 al 156 CPM y 364 al 368 CP.

Falta contra el deber de presencia

Ausencia del destino o residencia por un plazo superior a veinticuatro horas e inferior a setenta y dos horas, con infracción de las normas sobre permisos (art. 8.10).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 6 del artículo 7 LDGC.
- los delitos previstos en los arts. 119, 119 bis, 120, 121, 122 y 123 CPM.

Incumplimiento de otros deberes específicos

1. El atentado grave a la dignidad de los ciudadanos:

- en el desempeño del servicio,
- o vistiendo de uniforme (art. 8.1).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 1 del artículo 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 1 del artículo 9 LDGC;
- los delitos previstos en los artículos 191. 3º, 195 y 204 Bis CP.

2. Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vencidad o cualquier otra circunstancia personal o social, siempre que no constituya delito (art. 8.2).

* Tiene correspondencia con:

- falta leve del número 1 del artículo 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 1 del artículo 9 LDGC;
- los delitos previstos en los artículos 137 bis, 181 bis y 358 CP.

3. Usar las armas en acto de servicio o fuera de él, con infracción de las normas que regulen su empleo (art. 8.6).

- Tiene correspondencia con las faltas leves previstas en los números 9 y 27 del artículo 7 LDGC, esta última en relación con los artículos 54 y 170 R.O. y 5.2.c / LFCS.

4. Impedir, dificultar o limitar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, cuando no constituya delito (art. 8.15).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 1 del artículo 7 LDGC;
- las faltas muy graves de los números 2 y 8 del artículo 9 LDGC;
- los delitos previstos en los artículos 184, 189 al 195, 202, 203 y 204 bis al 210 CP.

2. Faltas contra la disciplina

Sedición impropia

1. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones:
 - contrarias a la disciplina, o
 - basadas en aseveraciones falsas, o
 - con carácter colectivo (art. 8.17).

* Tiene correspondencia con:

 - las faltas leves de los números 4 y 15 del art. 7 LDGC;
 - el delito previsto en el art. 92 CPM.
2. Hacer reclamaciones o peticiones:
 - con publicidad, o
 - a través de los medios de comunicación social (art. 8.18).

* Tiene correspondencia con:

 - las faltas leves de los núms 4 y 15 del artículo 7 LDGC;
 - el delito previsto en el artículo 92 CPM.

Faltas de subordinación

- La falta de subordinación, cuando no constituya delito (art. 8,16).
- * Tiene correspondencia con:
- las faltas leves previstas en los números 4, 10 y 14 del artículo 7 LDGC;
 - la falta muy grave del número 8 del artículo 9 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 98 y 102 CPM.

Abuso de Autoridad

1. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, cuando no constituya delito (art. 8.14).

* Tiene correspondencia con:

 - las faltas leves de los números 4, 12 y 13 del art 7 LDGC;
 - la falta muy grave del número 2 del artículo 9 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 103 y 138 CPM.
2. Impedir, dificultar o limitar el libre ejercicio de los derechos de los subordinados, cuando no constituya delito (art. 8.19).

* Tiene correspondencia con:

 - las faltas leves de los números 12 y 13 del art. 7 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 103 y 138 CPM.
3. Atentar contra la libertad sexual de los inferiores, prevaliéndose de su condición, cuando el acto no constituya delito (art. 8.20).

* Tiene correspondencia con:

- las faltas leves de los números 11 y 27 del artículo 7 LDGC, esta última en relación con los artículos 78, 91 y 171 R.O.;
- la falta muy grave del número 8 del artículo 9 LDGC;
- los delitos previstos en los artículos: 429, 430 y 434 a 436 CP. 103 y 138 CPM.

4. Ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio (art. 8.23).

* Tiene correspondencia con:

- las faltas leves de los números 11 y 27 del artículo 7 LDGC, esta última en relación con los arts. 78, 91 y 171 R.O.;
- la falta muy grave del número 8 del artículo 9 LDGC;
- los delitos previstos en los arts. 103 y 137 CPM.

Tolerancia de faltas graves

Tolerar en el personal subordinado cualquier conducta tipificada como falta grave en la LDGC (art. 8.28).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 26 del art. 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 11 del art. 9 LDGC;
- los delitos previstos en los arts. 96 y 137 CPM.

3. Faltas contra el decoro

1. Las riñas o altercados entre compañeros, cuando puedan afectar gravemente a la convivencia entre los mismos (art. 8.19).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 19 del art. 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 8 del artículo 9 LDGC;
- el delito previsto en el artículo 162 CPM.

2. Mantener relaciones sexuales con trascendencia pública en Acuartelamientos, cuando afecten:

- a la dignidad personal, o
- al decoro de la Institución (art. 8.21).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 22 del art. 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 8 del art. 9 LDGC.

3. Embriagarse fuera del servicio cuando afecte a la imagen de la Institución (art. 8.22).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 25 del art. 7 LDGC;
- la falta muy grave del número 7 del art. 9 LDGC;
- los delitos previstos en el artículo 148 CPM.

4. Consumir ilícitamente drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 8.22). El consumo de este tipo de sustancias debe reputarse ilícito siempre que lo efectúe un miembro del Instituto, sino media prescripción médica.

* Tiene correspondencia con:

- la falta muy grave del número 7 del art. 9 LDGC;
- los delitos previstos en los arts.: 148 y 177. 3º CPM. 344 CP.

4. Faltas contra la Hacienda

1. Emplear para usos particulares medios o recursos de carácter oficial (art. 8.24).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 25 del art. 7 LDGC;
- el delito del art. 190 CPM.

2. Facilitar a un tercero medios o recursos de carácter oficial para usos particulares, cuando no constituya delito (art. 8.24).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 25 del art. 7 LDGC;
- el delito del artículo 190 CPM.

3. Sustraer material o efectos de carácter oficial cuando no constituya delito (art. 8.25).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 25 del art 7 LDGC;
- los delitos previstos en los arts. 195 al 197 CPM.

4. Deteriorar material o efectos de carácter oficial, cuando no constituya delito (art. 8. 25).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 25 del art. 7 LDGC;
- los delitos previstos en los arts. 195 al 197 CPM.

5. Faltas contra los deberes cívicos y políticos

- Infringir gravemente su deber de neutralidad política realizando actos irrespetuosos, o emitiendo públicamente expresiones contrarias a:

- el ordenamiento constitucional,
- los símbolos, Instituciones o Autoridades de el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Parlamentarios, o los representantes de otros Estados; todo ello, cuando no constituya delito (art. 8.3).

* Tiene correspondencia con:

- la falta leve del número 27 del art. 7 LDGC, en relación con los arts. 17, 18, 26, 37, 42 y 168 R.O.;
- las faltas muy graves de los números 1 y 6 del art. 9 LDGC;
- los delitos previstos en los arts. 88, 89 y 90 CPM. 131, 136, 137, 146. 1º, 147, 148, 151, 156, 157, 158, 160 Bis, 161, 162, 240, 241 y 244 CP.

6. Reincidencia en faltas

- Cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas (art. 8.27).

* Tiene correspondencia con la falta muy grave del número 9 del art. 9 LDGC.

7. Repercusión disciplinaria de condenas por falta penal

- Ser condenado por un Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, mediante sentencia firme dictada en aplicación de normas distintas de las contenidas en el Código Penal Militar, a cualquier pena leve como autor de falta penal dolosa, siempre que afecte al servicio, o al decoro de la Institución (8.26).

* Tiene correspondencia con la falta muy grave del número 10 del art. 9 LDGC.

C) Las faltas muy graves

a) Clasificación

Las faltas muy graves pueden clasificarse, siguiendo los criterios de las IDFAS, del modo siguiente:

1. Faltas contra los deberes del servicio.
2. Faltas contra la disciplina.
3. Falta contra el decoro.
4. Falta contra los deberes civiles y políticos.

5. Reincidencia en faltas.
6. Repercusión disciplinaria de condenas por delitos.

b) Enumeración

1. Faltas contra los deberes del servicio

Faltas contra la eficacia del servicio

1. No prestar con urgencia el auxilio debido en aquellos hechos o circunstancias graves en que sea obligada su actuación (art. 9.3).
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 2 del art. 7 LDGC;
 - las faltas graves de los números 4 y 5 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts: 113, 149 al 154 y 156 CPM. 340 bis b). 2, 359, 371 y 489 ter CP.
2. La falta de colaboración manifiesta con los demás miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 9.4).
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 2 del art. 7 LDGC;
 - la falta grave del número 5 del art. 8 LDGC.
3. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, desempeñando cualquier actividad pública o privada, salvo las exceptuadas en la legislación sobre las mismas (art. 9.5).
4. Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares con habitualidad (art. 9.7).
 - * La habitualidad queda definida por el propio precepto legal: se entenderá que existe cuando por cualquier medio se tenga constancia de dos o más episodios de embriaguez o consumo.
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 20 del art. 7 LDGC;
 - la falta grave del número 22 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts.: 148, 156 y 177.3 CPM. y 344 CP.

Falta de quebramiento de servicio

Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares durante el servicio (art. 9.7).

- * Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 20 del art. 7 LDGC;

- la falta grave del número 22 del art. 8 LDGC;
- los delitos previstos en los arts:148, 156 y 177.3 CPM. 344 CP.

Incumplimiento de los deberes específicos

1. Abuso de sus atribuciones (art. 9.2).
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta grave del número 15 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 138 al 142 CPM.
2. La práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentran bajo su custodia (art. 9.2).
 - * Tiene correspondencia con:
 - la falta grave del número 1 del art. 7 LDGC;
 - las faltas graves de los números 1, 2 y 15 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts.: 139 CPM. 181, 181 bis, 184, 189 al 195, 202, 203, 204 bis al 210 y 358 CP.

Infracción genérica

Observar conductas gravemente contrarias al servicio, que no constituyan delito (art. 9.8).

2. Faltas contra la disciplina

Sedición impropia muy grave

Promover o pertenecer a partidos políticos o sindicatos o desarrollar actividades políticas o sindicales (art. 9.6).

- * Tiene correspondencia con los delitos previstos en los arts. .91, 92, 94 y 95 CPM.

Tolerancia de faltas muy graves

- Tolerar en el personal subordinado cualquier conducta tipificada como falta muy grave en la LDGC (art. 9.11).
- * Tiene correspondencia con:
 - la falta leve del número 25 del art. 7 LDGC;
 - la falta grave del número 28 del art. 8 LDGC;
 - los delitos previstos en los arts. 93 y 137 CPM.

Infracción genérica

Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, que no constituyan delito (art. 9.8).

3. Falta contra el decoro

Observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Institución, que no constituyan delito (art. 9.8).

4. Falta contra los deberes civiles y políticos

- Manifestar una actitud abiertamente contraria al ordenamiento Constitucional, o S.M. el Rey (art. 9.1).
- Tiene correspondencia con: la falta grave del número 3 del art. 8 LDGC; los delitos previstos en los arts.: 79 al 81 CPM; 146.1, 147, 150, 151, 155, 156, 157, 160 bis, 161.1, 164, 215, 216 bis a) y 217.1 CP.

5. Reincidencia en faltas

Cometer una falta grave o, dos faltas leves, teniendo anotadas y no canceladas dos faltas leves (art. 9.9).

Tiene correspondencia con la falta grave del número 27 del art. 8 LDGC.

6. Repercusión disciplinaria de condenas por delitos

Haber sido condenado por sentencia firme y en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar,

- por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad, o
- por un delito cometido por imprudencia a pena superior a un año de prisión (art. 9.10).

* Tiene correspondencia con la falta grave del número 26 del art. 8 LDGC.

D) Correlación entre los tipos de la LDGC y los de la LDFAS

a) Faltas leves

Queda patente en los cuadros siguientes:

Equivalencias LDGC/LDFAS

LDGC	LDFAS
7.1	8.29
7.2	8.1
7.3	8.1
7.4	8.7
7.5	8.8
7.6	8.9
7.7	8.3
7.8	8.4
7.9	8.2
7.10	8.2
7.11	8.15
7.12	8.16
7.13	8.13
7.14	8.10
7.15	8.12
7.16	8.5
7.17	8.6
7.18	8.19
7.19	8.21
7.21	8.25
7.22	8.25
7.23	8.24
7.24	8.18
7.25	8.26
7.27	8.33

Faltas leves de la LDFAS que no aparecen en la LDGC
y equivalencias

LDFAS	LDGC
8.11	7.27
8.14	7.27, 8.14
8.15 (compañeros)	7.27
8.17	8.23
8.20	7.22, 7.27
8.22	7.2, 7.27
8.23	8.22
8.26 (adquirir, poseer, facilitar)	7.27
8.27	7.27
8.28	7.27
8.30	7.27, 9.6
8.31	7.27, 9.6
8.32	7.27
8.33 (leve desobediencia o ligera irrespetuosidad, perjuicio al buen régimen)	7.10, 7.22, 7.27, 8.16

Novedades de la LDGC

7.20 (embriaguez)

7.26 (en parte, 8.7 y 8.16 LDFAS)

b) Faltas graves

Véanse los cuadros siguientes:

Equivalencias LDGC/LDFAS	
LDGC	LDFAS
8.3	9.26
8.4	9.2, 9.29
8.5	9.1, 9.2
8.6	9.1
8.7	9.4
8.8	9.6
8.9	9.2
8.10	9.23
8.11	9.8, 9.9
8.12	9.24
8.13	9.15
8.14	9.11, 9.12
8.15	9.14
8.16	9.16
8.17	9.15
8.18	9.15
8.19	8.21
8.20	9.19
8.21	9.20
8.22	8.23
8.23	8.17
8.24	9.13
8.25	9.24
8.27	9.31

Faltas graves de la LDFAS que no aparecen en la LDGC
y equivalencias.

LDFAS	LDGC
9.3	8.5, 9.3, 9.4, 7.22
9.5	8.5
9.7	9.7
9.10	8.5
9.17	8.5, 7.27

...

9.18	7.22
9.21	7.22
9.22	7.27
9.24 (adquirir, poseer, facilitar)	7.27
9.25	9.5
9.27	9.6
9.28	9.6
9.30	8.16

Novedades de la LDGC

- 8.1
- 8.2
- 8.26
- 8.28

c) Faltas muy graves

Baste el siguiente cuadro para establecer la comparación entre ambas Leyes Disciplinarias:

Tipos del art. 59 LDFAS que no aparecen en el art. 9
LDGC/Integración en LDGC.

59.1*	9.8 6 9.9
59.2*	9.8

III. PECULIARIDADES PROCEDIMENTALES

3.1. Potestad y competencia

3.1.1. El deber de corrección

El art. 18 LDGC impone a "todo mando" el deber de corregir las infracciones que observe en los subordinados. Este deber se complementa con el que genéricamente impone a "todo militar" el art. 18 LDFAS, de donde resulta:

- Que los miembros de la Guardia Civil pueden y deben corregir a militares de las Fuerzas Armadas de menor empleo.
- Que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden y deben corregir a los militares de la Guardia Civil de inferior empleo.

3.1.2. Autoridades y Mandos con potestad disciplinaria en la LDGC

Los arts. 19, 20, 52.3 y 66.1 de la LDGC atribuyen potestad disciplinaria a las Autoridades y Mandos que expresa el siguiente cuadro:

1. MINISTRO DE DEFENSA
2. DIRECTOR GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL
3. OFICIALES GENERALES CON MANDO EN LA GUARDIA CIVIL
4. JEFES DE TERCIO, SERVICIO, CENTRO, ORGANISMO O UNIDAD DE CATEGORIA SIMILAR.
5. JEFES DE COMANDANCIA, CENTRO, ORGANISMO O UNIDAD DE CATEGORIA SIMILAR.
6. JEFES DE SECTOR Y OFICIALES SUPERIORES CON MANDO SUBORDINADO EN COMANDANCIA, CENTRO, ORGANISMO O UNIDAD CATEGORIA SIMILAR.
7. JEFES DE COMPAÑIA O UNIDAD SIMILAR DE LA GUARDIA CIVIL.
8. JEFES DE LINEA O UNIDAD SIMILAR DE LA GUARDIA CIVIL.
9. SUBOFICIALES COMANDANTES PUESTO O UNIDAD SIMILAR DE LA GUARDIA CIVIL.

Los Mandos accidentales e interinos tienen potestad y ostentan las mismas competencias que los titulares; deberán, sin embargo, pertenecer a las categorías de *Oficial General*, *Oficial Superior*, o *Suboficial* en los casos en que la LDGC lo exige para los titulares (art. 30 LDGC).

El Ministro de Defensa, que no aparece en la relación de Autoridades y Mandos del art. 19 LDGC —porque éste sólo se refiere a quienes tienen potestad en el *Cuerpo de la Guardia Civil*—, está investido de potestad disciplinaria: así resulta del tenor del art. 66.1 LDGC (*contra las resoluciones del Ministro de Defensa que impongan alguna de las sanciones previstas en esta Ley...*).

Determinadas Autoridades no militares tienen cierta intervención en la aplicación de la LDGC, aunque no por ello estén investidas de potestad disciplinaria. Son ellas:

- El Ministro del Interior, que emite informe previo en los casos en que se pretenda imponer a un miembro del Instituto la sanción de separación del servicio (arts. 20 LDGC y 15.1 LFCS).
- Las Autoridades facultadas para “instar” del Director General de la Guardia Civil el ejercicio de la potestad disciplinaria (arts. 4.2 LDGC y 10.3 y 35,d) LFCS), a saber:
 - los Gobernadores Civiles,
 - el Director General de Tráfico,
 - y los Jueces, Magistrados y Fiscales.

3.1.3. Competencias de las Autoridades con potestad

A) Competencia para sancionar faltas leves

Los arts. 21 al 28 y 66.1 LDGC y 19.1 LDFAS permiten elaborar el cuadro siguiente, bien entendido que se ostentarán siempre sobre el personal que esté a las órdenes de las respectivas Autoridades y Mandos:

	Arresto	Perdida Haberes	Repreñión
Ministro Defensa	Hasta 30 días	Hasta 4 días	SI
Dtor. Gral. G. Civil	Hasta 30 días	Hasta 4 días	SI
Ofic. Generales	Hasta 30 días	Hasta 4 días	SI
Jefe Tercio, etc.	Hasta 30 días	Hasta 4 días	SI
Jefe Comandancia, etc	Hasta 20 días	Hasta 4 días	SI
Jefe Sector, etc	Hasta 14 días	Hasta 2 días	SI
Jefe Compañía, etc	Hasta 10 días	1 día	SI
Jefe Línea, etc.	Hasta 7 días	NO	SI
Suboficial. Cte. Puesto, etc	Hasta 4 días	NO	SI

B) Competencia para sancionar faltas graves

Con la misma precisión antes expresada, se refleja en el cuadro siguiente, resultante de los arts. 21, 22 y 66.1 LDGC y 19.1 LDFAS.

	Pérdida destino	Arresto de 1 mes y 1 día a tres meses.	Pérdida haberes 5 a 20 días
Ministro Defensa	SI	SI	SI
Dtor. Gral. G. Civil	SI	SI	SI
Ofic. Generales	NO	SI	SI

C) Competencia para sancionar faltas muy graves

Resulta de los arts. 20, 21, 52.3 y 66.1 LDGC y 19.1 LDFAS y queda plasmada en el siguiente cuadro:

	Separación del Servicio	Suspensión de Empleo	Pérdida puestos Escalafón
Ministro Defensa	SI	SI	SI
Dtor. Gral. G. Civil	NO	SI	SI

D) Competencia sobre el personal sin destino

La ostentan, exclusivamente, el Ministro de Defensa y el Director General de la Guardia Civil (art. 29 LDGC)

E) Las competencias del Ministro de Defensa

Aunque la LDGC sólo se cuida de mencionar, de forma aislada, las que ostenta sobre el personal del Instituto sin destino, y, en exclusiva, para imponer a cualquier miembro del Cuerpo la sanción de separación del servicio (arts. 20 y 29), ha de entenderse que las tiene sobre todos los componentes de la Guardia Civil y para imponer todas las sanciones; otra interpretación conduciría a resultados absurdos.

F) Competencia sobre el personal de las FAS

Las Autoridades y Mandos de la Guardia Civil ostentarán potestad disciplinaria y competencias sancionadoras sobre el personal de las FAS destinado a sus órdenes, en los términos que determina la LDFAS, a la que dicho personal sigue sometido.

3.2. Los procedimientos sancionadores

3.2.1. Generalidades

A) Existe en la LDGC equivalencia de procedimientos con los previstos en LDFAS y se dan nombres concretos a los procedimientos por faltas leves (procedimiento oral) y graves (expediente disciplinario) (art. 31.2).

B) El tratamiento conjunto de todos los procedimientos sancionadores permite una interacción entre las distintas clases de procedimientos, prevista en menor escala en la LDFAS. Así:

- Se recoge la posibilidad de sancionar en Expedientes Gubernativos también faltas graves y leves, y en Expedientes Disciplinarios faltas leves (art. 31.1).
- Cabe también la conversión de los procedimientos en otros diferentes, de carácter disciplinario o no (arts. 34 y 36).
- Se extiende a los Expedientes Gubernativos la posibilidad de que, sancionados inicialmente unos hechos como falta leve o grave, pueda, dentro del plazo de quince días, abrirse otro procedimiento encaminado a su castigo como falta grave o muy grave o emitirse parte al efecto (art. 37).

C) En todos los casos de sanción de una falta, la posibilidad de promover parte disciplinario o acordar dentro de los 15 días siguientes la apertura de procedimiento para su valoración y eventual castigo como infracción de mayor entidad no corresponde a los propios Mandos o Autoridades sancionadoras, como sucede en la LDFAS (art. 44) sino a sus Superiores en la cadena disciplinaria (art. 37 LDGC).

D) Queda expresamente plasmada la posibilidad de practicar información reservada sobre los hechos antes de incoar procedimiento (art. 32.2).

E) Se dispensa un tratamiento específico a la denuncia como forma de conocimiento de los hechos por las Autoridades y Mandos disciplinarios (art. 32.4).

3.2.2. El procedimiento oral

No presenta particularidades respecto del procedimiento en faltas leves de la LDFAS.

3.2.3. El Expediente Disciplinario

Ofrece algunas especialidades:

A) De su inicio es preceptivo dar cuenta *al Ministerio Fiscal* (no necesariamente Jurídico Militar) (art. 32.5).

B) La Ley habilita a todos los Oficiales de la Guardia Civil para actuar como Instructores, sin exigirles *formación adecuada* y determina también las condiciones que deben concurrir en los Secretarios (art. 40.2).

C) Se vierten, al regular las recusaciones, las normas del art. 56 LPM (art. 41).

D) Cabe la posibilidad de tramitación urgente, con disminución a la mitad de los plazos (art. 43.2).

– Se reducen los plazos general de tramitación (art. 43.1), notificaciones (art. 58 LRJ-PAC), de emisión de informes (art. 83.2 LRJ-PAC) y de contestación al Pliego de Cargos (art. 45.2).

– No se reduce, en cambio, el plazo de formulación de alegaciones finales (art. 48.5), que es el *trámite de audiencia* al que se refiere el art. 43.2.

E) Se configura la declaración del inculpado como primer trámite (art. 44.1). Aunque la LDGC no exige de forma expresa la ratificación del parte o denuncia, a diferencia de la LDFAS (art. 40), debe considerarse también trámite obligado, por el juego de la supletoriedad prevista en la disposición adicional 1ª de aquella.

F) Se expresa la obligación de colaboración de los órganos administrativos (art. 44.3).

G) Se articula de modo expreso la posibilidad de conclusión anticipada (art. 49).

H) La resolución debe hacer declaración expresa de las medidas cautelares adoptadas (art. 51.1).

3.2.4. Los expedientes gubernativos

Como en la LDFAS, existen dos clases de Expediente Gubernativo:

– Ordinario (arts. 52 y 53).

– Especial, para la falta muy grave del art. 9.10 (art. 53.4).

Se caracterizan por las notas siguientes:

A) Sólo pueden incoarlos las Autoridades con facultades para imponer sanciones por faltas muy graves (Ministro de Defensa y Director General de la Guardia Civil). No debe engañar la redacción del art. 52.1. Es obvio que si el Ministro puede resolver, también podrá incoar.

En cambio, carecen de facultades los Subdirectores Generales de la Guardia Civil (que sí las tienen en LDFAS, art. 67). Se explica ello por la circunstancia de que tales Subdirectores no tienen, como tales, potestad disciplinaria.

B) La tramitación del Expediente Gubernativo ordinario es, básicamente, la misma del Expediente Disciplinario, con variación de plazos e intervención del Consejo Superior de la Guardia Civil (arts. 52.2 y 53) creado por el Real Decreto y se asemeja a la del Expediente Gubernativo ordinario de la LDFAS, con dos diferencias:

– Caben medidas cautelares (art. 35), y

– desaparece el informe final del Instructor (art. 72 LDFAS).

C) La tramitación del Expediente Gubernativo especial es idéntica a la del ordinario, con sustitución del Pliego de Cargos por el traslado de la Sentencia y sin la intervención del Consejo Superior de la Guardia Civil (art. 53.4). Es más compleja que la del Expediente Gubernativo especial de la LDFAS (art. 73), y admite mayor amplitud de pruebas sobre historial y conducta del interesado.

3.3. Los recursos

El sistema de recursos que configuran los arts. 63 al 66 LDGC es más simple y homogéneo que el arbitrado por la LDFAS en sus arts. 49 al 54 y 76.

Sólo caben los recursos de alzada, con carácter general, y reposición, contra las resoluciones del Ministro de Defensa. Los plazos de interposición son

para el de reposición de un mes y por el dealzada de 15 días desde el siguiente al de la notificación o si la sanción es de arresto, el tiempo comprendido entre el día siguiente a dicho trámite y aquél en el que finalice el arresto.

En los casos de suspensión del arresto a tenor del art. 58, quedará ampliado el plazo por todo el período de la suspensión.

Excepcionalmente, cabe un segundo recurso dealzada, pero ante el Jefe de la Comandancia o Unidad similar.

Nótese que el art. 64.1 coloca en la cadena disciplinaria al Ministro de Defensa.

Pese a lo engañoso del art. 64.3, no se convierte en ordinario al recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, que sólo cabrá, como determina el art. 518 de la LPM "contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ ROLDAN, L. y FORTUN ESQUIFINO, R.: La Ley Disciplinaria Militar. Pamplona, ARANZADI, 1986.
- MATAMOROS MARTINEZ, R.: Procedimientos sancionadores por faltas disciplinarias. 566 y 567 (1991) Revista "Guardia Civil", 23-27 y 21-25.
- IDEM, "La extinción de la responsabilidad en la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil". 598 (1994) Revista "Guardia Civil", 9-17.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO y otros, "Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil". Madrid, 1993.
- ROJAS CARO, J.: Derecho Disciplinario Militar. Madrid, Tecnos 1990.
- SECRETARIA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Guardia Civil (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil". Documentación nº 84, 1990.

LAS NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Juan Pozo Vilches
Capitán Auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NOTIFICACIONES. III. REQUISITOS. 1. REQUISITOS SUBJETIVOS. 1.1. SUJETO ACTIVO. 1.2. SUJETO PASIVO. 2. REQUISITOS OBJETIVOS. 2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS: RESOLUCIONES Y ACTOS QUE DEBEN NOTIFICARSE. 2.2. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA NOTIFICACION. 3. REQUISITOS DE ACTIVIDAD. 3.1. TIEMPO. 3.2. LUGAR. 3.3. RECEPCION DE LA NOTIFICACION. 3.4. FORMA. IV. EFECTOS DE LAS NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Uno de los temas más interesantes que nos ofrece el Derecho Administrativo es, sin duda alguna, el de las notificaciones de los actos administrativos.

Su importancia es innegable, ya que es el mecanismo que tiene el administrado para conocer la voluntad de la Administración en todo aquello que afecta a sus derechos o intereses. Si la voluntad de la Administración permaneciese secreta, ¿qué seguridad jurídica existiría?

Como dicen GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (1), el fundamento de la notificación de los actos administrativos es el mismo que el fundamento de la publicación de las disposiciones generales: si una ley ha de tener

(1) GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, CIVITAS 1994, pág. 760.

se por no existente en tanto no esté publicada, un acto administrativo no puede producir efectos en tanto no haya sido notificado.

Mientras no se practique la notificación del acto o resolución al interesado, éste carecerá de eficacia. Así la sentencia del Tribunal Supremo (2) de 6 de noviembre de 1989 expresó que *para que se pueda cumplir lo ordenado en un acto administrativo es preciso que el interesado tenga conocimiento del mismo*. De esta manera, la notificación se convierte en una garantía de los derechos del administrado.

En este sentido, la STS de 8 de abril de 1978 es terminante al expresar:

(En materia de notificaciones) no se está ante una mera cuestión formal... no se trata de cumplir el trámite, guardando unas simples apariencias, sino de algo más profundo, porque el acto de notificación, si bien accesorio, con relación al acto principal, desde el punto de vista del derecho de garantía del administrado, frente a la prerrogativa de la Administración, tiene sus propias exigencias, que son fundamentales, en cuanto sin ellas no existe la seguridad de que el particular haya quedado perfectamente enterado, no sólo de los términos del acto administrativo a notificar, sino de los medios impugnativos disponibles, en el supuesto de disconformidad con el mismo, si el acto no es definitivo en vía administrativa, con indicación del órgano ante el que hubiere de presentarse el recurso y plazo hábil ofrecido para ello.

Y continúa la citada sentencia:

La razón de ser de los requisitos establecidos alrededor del acto de notificación, justifica que en esta materia no pueda operar el principio espiritualista, como pretexto para soslayar omisiones de todo o parte de aquellos, porque la notificación del acto administrativo, con las advertencias legales incluidas, es garantía para la posible utilización de los recursos pertinentes y, a su vez, la existencia de estos recursos es pieza clave para poder considerar que la Administración se encuentra sometida al Derecho(3).

(2) En adelante, STS.

(3) Por su parte la STS de 30 de septiembre de 1980 expresó que es distinta la finalidad que persiguen el interesado y la Administración con las notificaciones, pues mientras si lo interesante para la Administración es lograr constancia de que el acto administrativo se comunicó a su destinatario y de la fecha en que la notificación se practicó, para poder computar los plazos de las correspondientes recursos impugnatorios y, en su defecto, la fecha de la firmeza de los actos o resoluciones, para el interesado cobra especial interés que conste si recibió traslado del texto íntegro del acto, si quedó definitivamente informado acerca de los recursos procedentes contra el mismo, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, con objeto de no hacerle víctima de indefensión.

Y más recientemente, con fundamento en la propia Constitución de 1978, la STS de 10 de marzo de 1992 afirmó:

En materia de notificaciones debe requerirse el cumplimiento de las formalidades legales que aseguran que el destinatario queda enterado del acto administrativo, pudiendo ejercitar los recursos procedentes, pues así lo reclama el derecho a la tutela judicial efectiva que concede el art. 24 de la Constitución.

Ahora bien, es innegable que no siempre las notificaciones se llevan a cabo correctamente; y ello se debe, principalmente, a la utilización, ya sea por comodidad o por ignorancia inexcusable, de la simple carta certificada -sin el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al efecto- como medio de notificación.

Y no hay que olvidar, como manifestó la STS de 7 de noviembre de 1964, que *los preceptos que regulan los requisitos necesarios para que las notificaciones surtan efectos, y sean eficaces, son de puro carácter jurídico administrativo, y, por tanto, de Derecho público procesal, de inexcusable cumplimiento y de rigurosa observancia para la Administración ya que con ello van las garantías del administrado.*

Si la Administración pretende que la resolución produzca todos sus efectos, y el interesado se opone alegando falta de notificación, corresponderá a la Administración soportar la carga de la prueba de la realidad y legalidad de la misma (4).

Por último, sólo nos queda resaltar que, como ha manifestado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia de notificaciones no se elabora en abstracto, sino atendiendo principalmente a las particularidades de cada caso en concreto, pues *no todo defecto en la notificación provoca que la misma sea defectuosa*; sólo puede estimarse defectuosa cuando sus imperfecciones han perjudicado al interesado, le han producido indefensión o han limitado las posibilidades de ejercicio de sus derechos.

En este sentido, la STS de 3 de febrero de 1970 (reproducida en parte por la STS de 19 de mayo de 1981) afirma que *el criterio determinante para invalidar una notificación por defectuosa debe ser, en buena lógica, el que el defecto existente sea de tal entidad que frustre la finalidad y razón de ser de su exigibilidad, esto es, que cause la indefensión del administrado*; y continúa diciendo que *no es posible declarar con carácter absoluto la nulidad de todas las noti-*

(4) *Dado que la Administración pretende abrir una vía de apremio que exige como presupuesto la notificación de la liquidación tributaria correspondiente, es claro que es ella la que soporta la carga de la prueba de la realidad y legalidad de la notificación y por tanto es ella también la que ha de sufrir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba* (STS de 27 de enero de 1992).

ficaciones defectuosas, pues también es de tener presente el interés público, la seguridad jurídica y la del tráfico jurídico, cuyos principios demandan que no se demore la eficacia de los actos administrativos y se paralice su firmeza si no es por causa justificada, como lo es la defensa y garantía de los administrados de buena fe, pero no el arbitrio de los particulares que conscientes del error cometido por la Administración, o bien ignorantes de él pero habiendo decidido consentir el acto notificado, sin embargo posteriormente pretenden su anulación al socaire de tal error, conocido tiempo ha de intrascendente para su defensa en virtud de su libre aquietamiento a la decisión administrativa adoptada.

En el presente trabajo trataremos exclusivamente el problema de las notificaciones defectuosas, lo que nos obliga a analizar los requisitos de las mismas, a la vista de la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (5), y de la Instrucción 25/1993, de 18 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, teniendo en cuenta la muy copiosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo dictada en esta materia, y plenamente aplicable, en esencia, a la nueva normativa.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS NOTIFICACIONES

Define GONZÁLEZ PÉREZ (6) la notificación como el acto administrativo que tiende a poner en conocimiento de las personas a que afecta un acto administrativo anterior.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de mayo de 1980, define la notificación como *un acto administrativo de naturaleza procedimental que se da en función de otro y que tiene por finalidad poner este último en conocimiento del interesado por afectar a sus derechos o intereses, con lo que la notificación, en cuanto tal, se independiza del acto que se notifica y adquiere vida propia.*

Estas definiciones resaltan la distinción entre acto notificado y notificación. Y de ello se deriva su naturaleza jurídica, su carácter de *acto independiente*, pues no añade nada al contenido del acto administrativo que comunica, ni constituye requisito de su existencia. En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este particular; así, las SSTS de 24 abril de 1961 (*la notificación*

(5) En adelante, la Ley.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid 1988, pág. 578.

puede afectar a la vinculación o sujeción del administrado al acto, mas no a la existencia de éste), 30 de octubre de 1973 (*la notificación no forma parte del acto, sino que debe seguirle, y por ello aquél tiene vida jurídica independiente*), 25 de abril de 1974 (*la notificación, como acto independiente, determina el comienzo de la eficacia del acto administrativo notificado*), 29 de enero de 1982 (*en buena técnica jurídica no se pueden confundir y barajar el acuerdo que se notifica con el acto traslativo de éste*), 19 de octubre de 1989 (*los posibles defectos de la notificación no afectan a la validez de éste —del acto—, sino a su eficacia*), 20 de abril de 1992 (*el acto de notificación es distinto del acto notificado*)...

Este carácter de acto independiente va a implicar que si la notificación es nula, *tal nulidad no se extiende al acto que notifica*. En este sentido se han pronunciado las SSTS de 12 de marzo de 1970 (*los efectos de la nulidad producida por una notificación defectuosa sólo alcanza a este mero acto traslativo de aquella resolución, que es posterior a ella, por lo que nada afecta a la nulidad del acuerdo o acto administrativo que se notifica*) y 15 de diciembre de 1976 (*la nulidad de la notificación —no implica— la del acuerdo notificado*).

Toda esta copiosa jurisprudencia nos revela que, *aún sin notificación, el acto existe y es válido*, pero carecerá de *eficacia* hasta el momento en que se produzca la misma. En este sentido, dispone el art. 57.2 de la nueva Ley que la eficacia (de los actos administrativos) quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditado a su *notificación*, publicación o aprobación superior.

Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el particular; baste mencionar, entre otras muchas, las SSTS de 25 de abril de 1974 (*ningún acuerdo ni resolución puede producir efecto ni causar perjuicio a otro, sino a partir de la notificación*), 10 de mayo de 1974 (*la notificación correctamente efectuada determina el comienzo de la eficacia del acto administrativo notificado, pues ningún acuerdo ni resolución pueden producir efecto ni causar perjuicio a otro, sino a partir de la notificación*), 23 de junio de 1976 (*la notificación juega respecto del acto notificado, como requisito de eficacia, a tenor de lo prevenido por el artículo 45-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, mas no como elemento constitutivo del acto notificado*), 2 de abril de 1979 (*el acto administrativo, por válido que sea, no puede conseguir la eficacia sin el complemento de su notificación o publicación, puesto que, hasta entonces, aquel acto, aun siendo el principal, no ha salido de la esfera interna de la Administración, lo que hace operar la presunción de su desconocimiento*), 4 de mayo de 1979 (*la inexistencia de la notificación provoca la ineficacia de la resolución respecto de quien deba cumplirla*), 23 de junio de 1980 (*un acto no notificado, por válido y correcto que sea, no adquiere eficacia frente al particular, mientras que oficial y formalmente no llega a su conocimiento, esto es, hasta que no le es notificado, a no ser que el propio interesado se dé por enterado*

sin reserva alguna, debido a que, hasta entonces, el acto principal no ha salido de la esfera interna de la Administración, sin afectar o incidir en la relación jurídica administrativa, que es en la que tiene que verse implicado el administrado), 6 de noviembre de 1989 (la notificación de los actos administrativos a los interesados, a fin de que tengan conocimiento de los mismos, en la forma prevista en el art. 79 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo, es un requisito ineludible para que aquéllos desencadenen sus efectos, de manera tal que éstos quedarán demorados en tanto no se produzca aquélla en forma. Es decir, la falta de notificación o la notificación defectuosa, en tanto el administrado no se dé por notificado o interponga el pertinente recurso, afecta, no a la validez, sino a la eficacia del acto no notificado o notificado defectuosamente), 7 de septiembre de 1990 (la notificación del acto administrativo no es condición de validez ni menos de existencia del mismo, sino simplemente de eficacia frente al interesado, por lo que conocido formalmente por éste, aquel despliega sus efectos), 3 de marzo de 1992 (en igual sentido que la anterior)...

Se discute por la doctrina si existe un derecho a ser notificado. Parece ser que no se puede hablar de un auténtico derecho subjetivo, pero de lo que no cabe duda es que sí existe un *deber* de la Administración Pública en notificar (7). Pero la Administración no sólo está obligada a notificar, sino que tiene el deber de notificar al ciudadano correctamente, sin errores, instruyéndole bien y con acierto, y no inducirle a error, marcándole caminos equivocados (SSTS de 6 de mayo de 1963 y de 25 de abril de 1974).

A continuación vamos a examinar los diversos requisitos que se exigen en materia de notificaciones, ya que, a partir de los mismos, se podrá calificar una notificación de defectuosa.

III. REQUISITOS

1. Requisitos subjetivos

1.1. Sujeto activo

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (8) establecía en su art. 78.2 que las notificaciones *serán cursadas directamente a los interesados por el órgano que dictó el acto o acuerdo*. El Decreto 1408/66, de 2 de junio, de

(7) El art. 93.2 de la nueva Ley dispone que "el órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones *estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa*".

adaptación de la indicada Ley a los Departamentos militares, añadía y *en cuanto a los militares se harán por conducto reglamentario*.

La nueva Ley no establece nada sobre el particular, con lo que ha surgido nuevamente la discusión relativa a las *notificaciones indirectas*, es decir, las realizadas por órgano distinto del que dictó el acto que se notifica (9).

El silencio de la nueva Ley ha sido resuelto, en el ámbito del Ministerio de Defensa, por la Instrucción 25/93, de 18 de marzo, al disponer en su apartado octavo, número 2, que *las notificaciones se practicarán siempre por el órgano competente para instruir o, en su caso, para resolver, efectuándose la misma directamente, sin traslados a otros intermedios...*

Obsérvese que mientras la LPA hablaba del órgano autor del acto, en la Instrucción se habla del órgano competente para instruir o, *en su caso*, para resolver. ¿Qué trascendencia tiene este *en su caso*? ¿Implica que, en principio, la notificación debe realizarse por el órgano que dictó el acto, y sólo cuando este órgano lo estime oportuno, la notificación será realizada por el órgano encargado de la instrucción del procedimiento?

A nuestro juicio, la Instrucción ha pretendido distinguir, con acierto, entre *actos administrativos* y *resoluciones*, distinción que se encuentra implícita en el art. 58.1 de la nueva Ley. Con carácter general, la notificación de una resolución (es decir, de un acto que pone fin al procedimiento), corresponderá al órgano que dictó la misma (10); la notificación de un acto de trámite que implique la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión (11), será realizada por el órgano competente para instruir el procedimiento.

1.2. Sujeto pasivo

Dispone el art. 58.1 de la nueva Ley que *se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses.... Y*

(8) En adelante, LPA.

(9) A pesar de la opinión negativa de gran parte de la doctrina, en numerosas ocasiones la Administración Local ha notificado resoluciones dictadas por la Administración General. Tal cooperación administrativa entre la Administración Local y la Administración del Estado se desarrollará únicamente con carácter voluntario (art. 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

(10) Evidentemente, esto no quiere decir que la propia Autoridad que dicta el acto debe llevar a cabo la notificación. Por ello el Decreto de 2 de junio de 1966 se preocupaba de resaltar en su art. 6 que "corresponde a las dependencias inferiores de los Departamentos militares... cumplimentar y dar traslado de los actos de las autoridades militares" (en igual sentido la LPA, si bien expresando "ministeriales" en vez de "militares").

(11) Acto de trámite que también debe ser notificado para que el interesado pueda interponer el recurso pertinente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 107.1 de la nueva Ley.

el art. 31 del mismo texto nos indica quiénes tienen la consideración de interesados en el procedimiento administrativo (12) (13).

El art. 58.1 de la nueva Ley dice *se notificarán a los interesados...* ¿Implica esta expresión que sólo es válida y eficaz aquella notificación que se realiza directamente al interesado o, en su caso, a su representante legal o voluntario? La respuesta negativa parece evidente a la vista del art. 59.2, segundo párrafo, de la nueva Ley, al establecer que *cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.*

El supuesto que contempla plantea no pocos problemas, por lo que será analizado con mayor detenimiento más adelante.

2. Requisitos objetivos

2.1. Consideraciones previas: resoluciones y actos que deben notificarse

El art. 58.1 de la nueva Ley dispone que se notificarán a los interesados *las resoluciones y actos administrativos...*

El art. 79.1 de la LPA sólo hablaba de "*resoluciones*"(14). Y la modificación parece acertada, ya que, como hemos indicado, existen actos de trámite que implican la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión, y que también deben ser notificados para que el interesado pueda interponer el recurso pertinente (art. 107.1 de la nueva Ley) (15).

2.2. Requisitos objetivos de la notificación

El art. 58.2 de la nueva Ley dispone lo siguiente:

(12) Disponé el citado precepto que "se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, pueden resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

(13) En el caso de pluralidad de interesados, se tendrá en cuenta, a efectos de notificaciones, lo dispuesto en el art. 33 de la nueva Ley.

(14) Por lo que algunos autores entendieron que sólo se debían notificar las resoluciones, es decir, los actos que ponían fin a un procedimiento.

(15) GONZÁLEZ PÉREZ ya propugnada, antes de publicarse la nueva Ley, que debían ser objeto de notificación tanto las resoluciones como los actos de trámite en cuanto afecten a los interesados (GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, ob. cit., pág. 590).

Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente (16).

De tal precepto se pueden extraer los siguientes requisitos:

1. La notificación debe contener el texto íntegro de la resolución

Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ (17), no basta poner en conocimiento del interesado un resumen o extracto del acto, o una parte del mismo, sino que debe notificarse el texto íntegro.

En diversas ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia sobre este requisito. Son de destacar las sentencias de 1 de febrero de 1964 (*las notificaciones no transcribían el texto íntegro de las resoluciones, sino sus partes dispositivas, sin contener los fundamentos de ello, por lo que tales notificaciones carecían de eficacia jurídica*), 13 de mayo de 1964 (*la notificación no contenía el texto íntegro del acto, por lo que no hubo margen para su convalidación por el trascurso del tiempo a que se refieren los párrafos 3º y 4º del artículo 79 LPA, y sí indefensión, determinante de las consecuencias que señala el artículo 48 de la misma Ley*), 2 de diciembre de 1965 (*el acto no se puede entender debidamente notificado mientras no se dio al interesado completo conocimiento de la extensión de aquél*), 27 de septiembre de 1976 (*la exigencia del artículo 79 LPA solamente se hubiera cumplido notificando el texto íntegro y no solamente la decisión como se hizo*), 12 de mayo de 1992 (*es una exigencia de la Ley que toda notificación contenga el texto íntegro del acto notificado*)...

(16) En similares términos se pronuncia la Instrucción 25/93 al disponer en su apartado octavo, número 1, lo siguiente: *Las notificaciones deberán ser cursadas en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, debiendo contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitiva en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para su interposición.* Es de lamentar que la Administración del Estado no siempre respete escrupulosamente los requisitos de las notificaciones, y que sustituidos, en algunas ocasiones, como ocurrió en la STS de 28 de junio de 1983, por la simple indicación, ciertamente imprecisa, equívoca y harto propicia para engendrar la irreversibile indefensión del administrado, de lo que comunico, para su conocimiento y efectos.

(17) GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, ob. cit., pág. 590. En igual sentido, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ob. cit., pág. 763.

Por otra parte, la resolución administrativa objeto de notificación debe contener los extremos que se establecen en la Orden de 7 de julio de 1986, por la que se regula la confección de material impreso y establece la obligación de consignar datos en comunicaciones y escritos administrativos.

2. La notificación debe expresar si la resolución es o no definitiva en vía administrativa

Es decir, se debe manifestar si la resolución pone fin a la vía administrativa (en cuyo caso sólo sería posible su impugnación ante los Tribunales) (18) o si cabe recurso administrativo (en la nueva regulación, únicamente el ordinario).

Ahora bien, ¿es defectuosa una notificación en la que no se expresa que la resolución pone fin a la vía administrativa, pero, en cambio, menciona que contra la misma se puede interponer el recurso ordinario? La respuesta parece negativa, ya que tal defecto no provoca indefensión. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 1 de febrero de 1966 (*hecho constar en la notificación de modo expreso que contra el acuerdo que la motivaba cabía el recurso de alzada, claro es que con ello se decía que la resolución no era firme en vía administrativa, puesto que cabía contra la misma el recurso de alzada, con lo que se señalaba el recurso procedente, a la vez que se decía ante quién había de interponerse, con referencia expresa en cuanto al plazo, a lo dispuesto en la LPA de cuyo conocimiento hacía gala en sus escritos la recurrente, de lo que se concluye que el acuerdo de no haber lugar a enmendar la notificación de que se trata, no produjo indefensión de la interesada...*) y 30 de septiembre de 1980 (*resulta obvio que en la expresada designación de esos recursos de índole administrativa —recurso de reposición con carácter potestativo o reclamación económico-administrativa— quedó implícita la indicación de que el acuerdo en discusión no era definitivo ni, por tanto, agotaba dicha vía, sin que el no haberse empleado la literal expresión del citado precepto legal, —que, como la sentencia de este Alto Tribunal de 6 de febrero de 1978 afirma, no obedece a una fórmula sacramental, propia del Derecho arcaico—, pudiera causar confusión, ni menos indefensión, al interesado, a quien se informó expresa y correctamente de los medios de que disponía para su defensa y del plazo señalado para ejer-*

(18) Las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa vienen enumeradas en el art. 109 de la nueva Ley: a) *Las resoluciones de los recursos ordinarios;* b) *Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2;* c) *Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario;* d) *Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.*

citarlos; y puesto que, como queda antes consignado y reitera la precitada sentencia, sin indefensión decaen las exigencias puramente formalistas, según proclama la jurisprudencia en supuestos totalmente análogos al presente, procede rechazar también este motivo de la apelación).

Por consiguiente, en razón del recurso que se ofrezca al interesado, se puede deducir claramente si la resolución ha puesto fin o no a la vía administrativa.

3. La notificación debe expresar los recursos que procedan contra la resolución

La nueva Ley ha simplificado en gran medida la determinación del recurso precedente, por lo que descenderán los errores que, en ocasiones, cometía la Administración en esta materia (19).

Si la notificación expresa un recurso que no es el precedente, tal notificación debe calificarse de defectuosa (20). Son terminantes las palabras de la STS de 16 de junio de 1965 cuando afirma que *el administrado no debe sufrir las consecuencias del error a que la Administración le induce en la elección de los recursos utilizables...*

Si el interesado estima, mediando error, que el recurso que le ofrece la Administración no es el correcto, e interpone otro distinto, tal error sólo será

(19) Cabe citar el problema que se planteaba bajo la legislación anterior a la nueva Ley, cuando la notificación omittía el recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo, siendo el precedente, y decía, sin más, que se podía interponer recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo mantuvo una postura vacilante, ya que mientras en algunas sentencias entendía que tal notificación no era defectuosa, pues el recurso de reposición era un simple trámite, requisito procesal o diligencia preliminar del recurso contencioso-administrativo (SSTS de 28 de septiembre de 1963, 11 de octubre de 1963, 4 de mayo de 1964, 27 de mayo de 1964, 11 de octubre de 1965, 13 de abril de 1967, 22 de febrero de 1968, 8 de mayo de 1969, 17 de junio de 1969, 1 de julio de 1970, 30 de septiembre de 1974, 17 de diciembre de 1975, 14 de junio de 1976), en otras sentencias se consideró tal notificación defectuosa, pues, además de producir error en el administrado que implicaba indefensión al privarle de un recurso preceptivo para su defensa, el recurso de reposición tiene carácter autónomo y propio de recurso administrativo regulado en la LPA (SSTS de 19 de enero de 1960, 27 de enero de 1964, 31 de enero de 1967, 10 de marzo de 1967, 7 de abril de 1967, 1 de julio de 1967, 4 de octubre de 1967, 11 de octubre de 1967, 25 de octubre de 1967, 31 de enero de 1968, 28 de junio de 1968, 15 de julio de 1968, 24 de diciembre de 1968, 30 de enero de 1969, 4 de febrero de 1970, 9 de mayo de 1972, 7 de febrero de 1973, 22 de marzo de 1976, 17 de diciembre de 1976, 29 de marzo de 1979, 6 de abril de 1979, 4 de diciembre de 1980, 30 de junio de 1981, 19 de enero de 1984). Son significativas a este respecto las palabras de la STS de 17 de febrero de 1984 cuando afirma que *sometida a la actividad administrativa a los fines que la justifican mal puede calificarse de acorde con tales fines el hecho de indicar a la Administración al ciudadano que acuda a la vía contencioso-administrativa para en ella alegarle que tal recurso es inadmisibile, ya que de tal modo de actuar la Administración quiebra en su base la posibilidad de la tutela jurídica efectiva al tenor de lo establecido en el art. 24.1 de la Constitución, y está obliga a todos los poderes públicos conforme establece el art 9.1 de la misma.*

(20) SSTS de 17 de mayo de 1961, 23 de noviembre de 1968, 20 de febrero de 1990 y 5 de mayo de 1992.

imputable al interesado, y deberá sufrir las consecuencias pertinentes (STS de 3 de junio de 1968: *los errores en que incurran los recurrentes al utilizar un cauce legal inadecuado, después de haber sido instruidos correctamente en tal aspecto, son imputables sólo a ellos*). Por ello, si el interesado tiene dudas sobre el recurso que le ha ofrecido la Administración, es preferible que lo interponga, ya que, en el caso de no ser el correcto, provocará únicamente la nulidad de la notificación.

Por otra parte, si en la notificación se omite toda referencia al recurso procedente, tal notificación será también defectuosa, al provocar indefensión en el interesado, debiendo realizarse de nuevo en debida forma (SSTS de 5 de julio de 1963, 15 de noviembre de 1963, 8 de febrero de 1967, 24 de mayo de 1973, 24 de noviembre de 1975, 30 de abril de 1976, 1 de abril de 1980, 21 de enero de 1981, 28 de junio de 1983, 10 de marzo de 1986, 29 de enero de 1988, 6 de febrero de 1988, 6 de marzo de 1988, 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1988, 9 de septiembre de 1988, 27 de diciembre de 1988, 28 de enero 1990, 26 de julio de 1990, 5 de mayo de 1992...). No obstante, alguna sentencia ha estimado que si la resolución es favorable al interesado no es necesario indicar los recursos procedentes (STS de 19 de enero de 1980).

4. *La notificación debe expresar el Órgano ante el que ha de presentarse el recurso procedente*

La nueva Ley, al igual que la LPA, establece que la notificación debe expresar el órgano ante el que ha de *presentarse* el recurso. Y es de lamentar que no haya sido objeto de modificación, porque, en realidad, la notificación no debe expresar el órgano ante el que ha de *presentarse* el recurso (que únicamente provocaría una inútil e innecesaria repetición del art. 38.4 de la nueva Ley), sino el órgano ante el que debe *interponerse* el recurso.

En el caso de que la notificación no indique el órgano ante el que ha de *presentarse* el recurso, tal notificación será defectuosa (STS de 21 de enero de 1981, 28 de junio de 1983, 5 de julio de 1988, 29 de enero de 1988, 27 de febrero de 1990 y 26 de julio de 1990). Lo mismo cabe decir de las notificaciones que indiquen un órgano que no es el competente para resolver el recurso (STS de 21 de febrero de 1977).

Se discute si la notificación que ha hecho una mención genérica del órgano competente para resolver el recurso es defectuosa o no. Tal supuesto es frecuente en el caso de que se ofrezca el recurso contencioso-administrativo. Pues bien, el Tribunal Supremo, mientras en algunas sentencias considera que dicha notificación es defectuosa porque debería haber expresado el órgano concreto

ante el que debía presentarse el recurso (21), en otros casos ha considerado válida tal notificación (22).

5. La notificación debe expresar el plazo para interponer el recurso

En el caso de que se omita tal expresión, la notificación debe ser calificada de defectuosa (SSTS de 21 de enero de 1981, 28 de junio de 1983, 29 de enero de 1988, 5 de julio de 1988, 9 de septiembre de 1988, 27 de junio de 1990...).

El problema principal que puede plantearse consiste en determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo.

La nueva Ley distingue en su art. 48 entre plazos expresados en días, meses o años. Los plazos expresados en días se cuentan, con carácter general, a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación; los restantes plazos se cuentan, con carácter general, a partir del día de la notificación. Dado que el plazo para interponer el recurso ordinario no se expresa en días, el cómputo del mes para su interposición debe realizarse a contar desde la fecha de la notificación. Distinto es el caso del recurso contencioso-administrativo, ya que en el artículo 58.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (23), expresa que el plazo para su interposición será de dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación.

¿Es defectuosa la notificación que, a pesar de indicar correctamente el recurso procedente, establece un plazo erróneo para su interposición? El Tribunal Supremo, a los pocos años de publicarse la LPA y la LJCA, entendió que a pesar de haberse indicado erróneamente un plazo para el recurso contencioso-administrativo de tres meses, tal notificación era válida por reunir todos los requisitos exigidos legalmente, e inadmisibles el recurso interpuesto fuera del plazo de dos meses, aunque dentro del plazo ofrecido, por-

(21) Así las SSTS de 12 de noviembre de 1981, 18 de octubre de 1983, 8 de junio de 1988 y 10 de marzo de 1992, que trataban de notificaciones en las que se decía simplemente que se podía interponer recurso contencioso-administrativo ante *los órganos competentes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o ante el Tribunal correspondiente*.

(22) Así las SSTS de 28 de marzo de 1966 y 27 de febrero de 1974, a pesar de que la notificación no indicaba la Sala competente de lo Contencioso-Administrativo ante la que debía interponerse el pertinente recurso, no la consideraron defectuosa, pues como dijo la última sentencia indicada, tal omisión no inducía a error en los interesados y, además, el recurso contencioso-administrativo exige firma de Letrado, el cual no puede invocar ignorancia en cuanto al órgano de la jurisdicción ante el que ha de plantear tal recurso.

(23) En adelante, LJCA.

que de los errores no pueden surgir derechos, y la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, máxime cuando el escrito de recurso lleva firma de Letrado (24); pero al poco tiempo cambió de parecer, con buen criterio, al entender que el recurrente se ajustó y cumplió lo que la Administración le previno, por lo que, en modo alguno, puede serle imputable tal error (25).

Por consiguiente, si la Administración concede erróneamente un plazo para interponer el recurso superior al establecido legalmente, tal notificación no será defectuosa, y el recurso deberá ser admitido aunque se interponga fuera del plazo legal pero dentro del plazo mencionado en la notificación.

En cambio, si se concede un plazo inferior al legal, tal notificación podría calificarse de defectuosa al provocar indefensión (STS de 18 de enero de 1968). No obstante, a nuestro juicio, sólo tendrá tal calificación en aquellos casos en que realmente se haya producido indefensión, es decir, cuando el interesado interpuso el pertinente recurso, dentro del plazo legal, pero fuera del plazo mencionado en la notificación; tal recurso no puede ser calificado de extemporáneo, y su interposición provocará los efectos del artículo 58.3 de la nueva Ley. En cambio, entendemos que si el interesado no ha interpuesto recurso alguno, ni dentro del plazo ofrecido, ni dentro del plazo legalmente establecido, no debería declararse la nulidad de la notificación. No hay que olvidar, a este respecto, las muy importantes palabras de la STS de 3 de febrero de 1970, y que ya hemos recogido anteriormente:

No es posible declarar con carácter absoluto la nulidad de todas las notificaciones defectuosas, pues también es de tener presente el interés público, la seguridad jurídica y la del tráfico jurídico, cuyos principios demandan que no se demore la eficacia de los actos administrativos y se paralice su firmeza si no es por causa justificada, como lo es la defensa y garantía de los administrados de buena fe, pero no el arbitrio de los particulares que conscientes del error cometido por la Administración, o bien ignorantes de él pero habiendo decidido consentir el acto notificado, sin embargo posteriormente pretenden su anulación al socaire de tal error, conocido tiempo ha de intrascendente para su defensa en virtud de su libre aquietamiento a la decisión administrativa adoptada.

(24) SSTs, entre otras, de 17 de enero de 1959 y 3 de febrero de 1959.

(25) SSTs, entre otras, de 29 de octubre de 1963 y 18 de enero de 1968.

3. Requisitos de actividad

3.1. Tiempo

Dispone el art. 58.2 de la nueva Ley (en igual sentido el apartado octavo, número 1, de la Instrucción 25/93) que:

Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado,...

La LPA decía en su art. 79.2 que *toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique*. La expresión *practicará* planteaba problemas interpretativos, inexistentes en la nueva Ley al decir *se cursarán*. Por tanto la nueva Ley no exige que la notificación *se practique* en dicho plazo, sino que *se curse*; y no es igual practicar (es decir, entregarla a su destinatario) que cursar.

El cómputo de los diez días deberá realizarse a partir del día siguiente a aquél en que se haya dictado la resolución, y solamente se computarán los días hábiles (art. 48.1 de la nueva Ley).

En el caso de que la notificación no sea cursada en el referido plazo, el interesado podrá acogerse a lo dispuesto en el art. 79.2 de la nueva Ley (26).

¿Será defectuosa la notificación que no sea cursada en el referido plazo? Entendemos que no, ya que no estamos ante un defecto sustancial que provoque indefensión, y menos nulidad, pues, como dijo la STS de 30 de septiembre de 1980, de entenderse lo contrario se caería en el absurdo de afirmar que todo acuerdo no notificado en ese plazo jamás podrá ya notificarse válidamente, siendo, en cambio, lo importante, que las actuaciones dirigidas al interesado, aunque se inicien con retraso, terminen con la práctica de una notificación legalmente correcta (en igual sentido las SSTs de 18 de marzo de 1961, 3 de febrero de 1970, 23 de junio de 1976 y 27 de mayo de 1992).

3.2. Lugar

Dispone la nueva Ley en su art. 59.2 lo siguiente:

En los procedimientos a solicitud del interesado, la notificación se practi-

(26) *En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.*

cará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin... (27)

La Instrucción 25/93 es más precisa sobre este particular, al expresar que la notificación se efectuará directamente *al domicilio señalado por el interesado en su escrito de solicitud o, lugar de destino, en el supuesto de los militares.*

El citado art. 59.2 guarda relación con los arts. 70.1 (que indica que las solicitudes que se formulen deben contener *la identificación... del lugar que se señale a efectos de notificaciones*) y 110.1 (que establece que la interposición del recurso debe expresar, igualmente, *la identificación... del lugar que se señale a efectos de notificaciones*).

Parece evidente que el *lugar de destino* que habla la Instrucción se refiere únicamente a las notificaciones de actos y resoluciones emanados de Autoridades y Organos del Ministerio de Defensa, sin perjuicio de que el militar, como simple ciudadano, y en sus relaciones con los otros Organismos de la Administración, elija su lugar de destino a efectos de notificaciones, dados los amplios términos en que está redactado el art. 59.2 de la nueva Ley.

3.3. Recepción de la notificación

En cuanto al sujeto receptor de la notificación, éste es el interesado (o su representante —art. 59.1 de la nueva Ley—, ya sea legal o voluntario).

Es de destacar que la notificación realizada al representante es válida, aunque aquél haya perdido tal condición, si tal circunstancia no es conocida por la Administración (STS de 21 de noviembre de 1983: la Administración cumplía con notificar su resolución a quien había promovido el recurso...).

En este ámbito, pueden darse los siguientes supuestos:

A) *Que el interesado (o su representante) se encuentre en el lugar señalado para la práctica de la notificación.*

En tal caso, dicho sujeto firmará el *recibi*, para que de esta manera se tenga constancia de la recepción de la notificación. También deberá quedar constan-

(27) En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación se practicará, como regla general, en el domicilio del interesado.

cia, según el art. 59.1 de la nueva Ley, de la fecha (28), identidad y contenido del acto notificado.

La jurisprudencia nos ofrece una amplia gama de los problemas que pueden surgir con respecto a la firma o la fecha de la notificación (29).

B) Que el interesado (o su representante) se encuentre en el lugar señalado para la práctica de la notificación, pero rechace la misma.

Tal supuesto ha sido previsto expresamente por la nueva Ley, a diferencia de la LPA, en su art. 59.3, en los siguientes términos:

Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

Los conflictos que puede plantear este precepto parecen evidentes. ¿Cómo puede acreditar la Administración que el sujeto que rechazó la notificación era el interesado o su representante legal? En otro caso, si estimamos que la carga de la prueba debe recaer sobre el administrado, ¿no se estaría con ello mermando sus garantías?

Lo cierto es que este precepto, con independencia de la crítica que se le puede realizar, tiene su justificación para paliar, en cierta medida, los problemas que plantean aquellos administrados que, con abuso de su derecho, y acudiendo a muy diversas artimañas, demoran en demasía, e incluso paralizan, los procedimientos administrativos, en perjuicio de la eficacia y celeridad que debe caracterizar la actuación de la Administración.

C) Que el interesado (o su representante) no se encuentre en el lugar señalado para la práctica de la notificación, en el momento de entregarse la misma.

(28) Extremo de vital importancia, por razones obvias. La falta de prueba fehaciente de la fecha de recepción por el interesado determina que el cómputo de los plazos deban realizarse desde la fecha en que el interesado manifieste que se da por enterado (SSTS de 12 de noviembre de 1962, 3 de octubre de 1963, 15 de octubre de 1963, 18 de abril de 1967, 9 de junio de 1971, 21 de marzo de 1983, 16 de junio de 1984, 27 de diciembre de 1984, 3 de abril de 1985, 7 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991...).

(29) V. SSTS de 20 de mayo de 1960, 6 de febrero de 1965, 18 de abril de 1967, 27 de abril de 1967, 23 de junio de 1969, 13 de febrero de 1970, 15 de febrero de 1973, 4 de junio de 1980, 30 de octubre de 1980, 16 de febrero de 1982, 11 de octubre de 1983, 16 de abril de 1984, 3 de abril de 1985, 19 de abril de 1985, 21 de octubre de 1985, 21 de octubre de 1986, 14 de noviembre de 1986, 4 de mayo de 1988, 9 de julio de 1990, 2 de diciembre de 1991, 10 de marzo de 1992, 2 de diciembre de 1991, 10 de marzo de 1992, 16 de abril de 1992...

Dispone el art. 59.2 de la nueva Ley, segundo párrafo, lo siguiente:

Quando la notificación se practique en el domicilio del interesado de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

El fundamento de este precepto se puede encontrar en la STS de 27 de enero de 1992 al decir lo siguiente:

Ciertamente la celeridad imprescindible en el procedimiento administrativo —art. 29 LPA— en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actividad administrativa —art. 103.1 de la Constitución— hace perfectamente viable que las notificaciones administrativas puedan entenderse con persona distinta —receptor— del destinatario de aquéllas. Pero como el principio de eficacia no puede implicar mengua de las garantías del administrado, tal posibilidad exige el cumplimiento de las formalidades previstas en el art. 80.2 LPA que impone para estos supuestos que se haga constar el parentesco del receptor con el destinatario o la razón de su permanencia en el domicilio de éste.

Es de destacar que la LPA exigía *parentesco* con el destinatario o *permanencia* en el domicilio, extremos que no se exigen hoy día, por lo que incluso puede hacerse cargo de la notificación *cualquier persona* que se encuentre *accidentalmente* en el domicilio, lo que puede implicar un detrimento de los derechos del administrado, pues a efectos de recursos la Administración realizará el cómputo desde la práctica de la notificación, con independencia de la fecha en que efectivamente haya tenido conocimiento de la resolución el interesado.

Por otra parte, es de destacar que este *tercero* (que no es necesario, según la letra del precepto, que sea mayor de edad (30) no tiene obligación de hacerse cargo de la notificación (*podrá*, reza el precepto) (31).

Si el tercero que se encuentra en el domicilio rechaza la notificación, deberá acudir a lo dispuesto en el art. 59.4, y no al art. 59.3 (que sólo habla del rechazo por parte del interesado o su representante).

Un problema frecuente es el de la notificación depositada en el buzón de correspondencia por no encontrarse nadie en el domicilio. En la STS de 17 de octubre de 1984 se admitió como válida, dadas las circunstancias que concurrían en el caso que examinaba, entendiéndose que existía una *presunción de conocimiento* por parte del interesado de la resolución administrativa objeto de notificación (32).

(30) Ya la STS de 19 de abril de 1985 admitió la notificación practicada a un menor de edad.

(31) Así la STS de 21 de noviembre de 1983 expresó que *el sujeto pasivo receptor es mero instrumento y si acepta voluntariamente el cometido...*

(32) Y expresó que *el señalamiento de un domicilio implica la atención mínima para la recepción de las notificaciones.*

Otro problema frecuente es el de la entrega de la notificación al portero del edificio, dando el Tribunal Supremo distintas soluciones, según las circunstancias que concurrían en cada caso (33).

Si la notificación se entrega a un sujeto distinto del interesado, el cómputo del plazo a efectos de interposición de recursos se realizará a partir de la notificación, y no desde el conocimiento efectivo de la resolución por el interesado. El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre el particular en un caso en el que el interesado afirmaba que la notificación no había llegado a su poder hasta un mes más tarde de haberse entregado a su hijo; expresa de forma terminante la sentencia que en materia de notificaciones ha de atenderse a la recepción y no a la cognición (STS de 28 de mayo de 1991).

D) Que el interesado sea desconocido o se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el art. 59.1 de la nueva Ley, o intentada la notificación no se hubiese podido practicar.

En tal caso, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó (art. 59.4 de la nueva Ley) (34).

Ahora bien, como expresó la STS de 22 de abril de 1963, *(la) notificación... no puede estimarse hecha al que tiene domicilio conocido, por la sola publicación de la resolución administrativa en la prensa oficial; modalidad reservada, a tenor del ap. 3º del art. 80 LPA, al caso de interesado desconocido o de domicilio ignorado.*

3.4. Forma

Sobre este particular, goza de especial importancia la Exposición de Motivos de la nueva Ley al expresar lo siguiente:

La eficacia, notificación y publicación de los actos administrativos se recoge en el Capítulo III abriendo la posibilidad de medios de notificación distin-

(33) V. SSTS de 17 de abril de 1974, 16 de noviembre de 1977, 21 de diciembre de 1978, 4 de junio de 1979, 8 de mayo de 1980, 23 de enero de 1981 y 23 de febrero de 1981.

(34) Y en el artículo 59.4, segundo párrafo, determina que *en el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación y en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.*

tos a los tradicionales que, sin merma de la necesaria garantías de autenticidad permitan su agilización mediante el empleo de las nuevas técnicas de transmisión de información, superándose la limitación de la exclusividad del domicilio como lugar de notificaciones.

A pesar de ello, en el articulado de la nueva Ley no se mencionan estas nuevas técnicas, sino que se limita a expresar que *las notificaciones se practicarán por cualquier medio...*(35).

La expresión *nuevas técnicas* parece que apunta principalmente a la notificación a través de soporte informático, medio que sólo será posible si así lo ha solicitado el interesado, pero que puede plantear serios problemas técnicos y jurídicos.

Lo mismo se puede decir de las notificaciones por teléfono, y que ya han sido tratadas por el Tribunal Supremo (STS de 11 de junio de 1990).

La realidad social nos muestra que el medio más frecuente para practicar notificaciones es el correo, donde los errores de la Administración han sido frecuentes, provocando en ocasiones que la notificación fuese calificada de defectuosa (36).

Y son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han tratado de notificaciones defectuosas practicadas por correo, ya sea porque no constase la firma del receptor, o ésta fuese ilegible, o no figurase la condición del recep-

(35) La LPA. decía en su art. 78.1 que las notificaciones *se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio...* Como se ve, la expresión *cualquier medio* de la nueva Ley, no es tan nueva.

(36) El Decreto 1653/64, de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Correos, regula en su art. 206 la admisión de notificaciones y en el art. 271 la entrega de las mismas.

Art. 206. *Admisión de notificaciones administrativas en general.* -1. Las notificaciones administrativas a que se refiere el art. 80 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, y que se cursen por Correo se admitirán únicamente por Oficinas que tengan, por lo menos, categoría de Estafeta y podrán ir destinadas a cualesquiera otras Oficinas, incluso rurales.

2. Las notificaciones podrán presentarse en las Oficinas postales en una de las dos formas siguientes:

a) En sobre abierto

b) Sin sobre y extendidas en papel consistente plegado en dos o más dobleces cuyos bordes pueden cerrarse con goma o por cualquier otro procedimiento, siempre que el texto de la notificación quede en el interior del envío y se reserve la superficie exterior para la dirección del destinatario, franqueo e indicaciones de servicio.

3. Cualquiera que sea la forma de su presentación en Correos, en la parte superior izquierda del anverso se consignarán, en letras bien visibles, la palabra *Notificación*, y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución, etc.) y la indicación *Expediente número...* o cualquier otra expresión que identifique el acto notificado.

Estos envíos se presentarán acompañados de los resguardos de imposición a que se refiere el número 2 del artículo 205 precedente, que serán siempre individuales, ya que han de archivar por los remitentes unidos a los expedientes de su razón.

tor con respecto al interesado, o por su entrega al portero, o por su depósito en el buzón de correos....(37).

Concluye el art. 59.4 de la nueva Ley que *las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirá la obligación de notificar conforme a los párrafos anteriores*. Como dice PARADA, nos encontramos, más bien, ante una publicación (38).

IV. EFECTOS DE LAS NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

La notificación defectuosa por no reunir los requisitos exigidos legalmente, carecerá de efectos, y, por tanto, tampoco producirá efectos el acto que era objeto de notificación (39).

4. Las notificaciones administrativas, siempre que vayan dirigidas a particulares, se franquearán según tarifa, ya que la franquicia no alcanza a tales envíos, con relación a los cuáles puede solicitarse aviso de recibo en las condiciones generales reglamentarias.

5. En las operaciones de admisión el empleado procederá en la forma señalada en el número 3 de artículo precedente.

Art. 271. *Entrega de notificaciones*. -1 La entrega de las notificaciones a que se refieren los artículos 206, 207 y 208 de este Reglamento se hará, circulen o no con aviso de recibo, con arreglo a las formalidades señaladas en cada caso para los certificados en general, y se observarán, además, las normas que se detallan en los números que siguen.

2. La entrega de las notificaciones administrativas, vayan o no acompañadas de aviso de recibo, se hará al propio destinatario o sin necesidad de la especial autorización de éste a que se refiere el artículo 269, a un familiar, dependiente, criado o vecino suyo mayores de catorce años. De no hacerse la entrega al propio destinatario se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega, y en su caso en el aviso de recibo.

El empleado repartidor cuidará especialmente de que la persona que se haga cargo del objeto, además de estampar su firma, consigne la fecha en que se verifique la entrega.

3. Las notificaciones del Ministerio de Hacienda se entregarán con las mismas formalidades fijadas en el número precedente para las notificaciones administrativas en general.

4. La entrega de los requerimientos y notificaciones del Instituto Nacional de Previsión no está sujeta a ninguna formalidad especial.

(37) V. SSTS de 14 de febrero de 1970, 21 de marzo de 1970, 17 de abril de 1970, 8 de marzo de 1971, 24 de enero de 1972, 20 de octubre de 1973, 17 de abril de 1974, 13 de octubre de 1975, 20 de abril de 1977, 16 de noviembre de 1977, 24 de enero de 1978, 21 de diciembre de 1978, 4 de junio de 1979, 8 de mayo de 1980, 23 de enero de 1981, 23 de febrero de 1981, 11 de octubre de 1983, 14 de marzo de 1984, 3 de abril de 1985, 3 de junio de 1985, 21 de mayo de 1985, 9 de diciembre de 1985, 3 de mayo de 1989, 2 de diciembre de 1991...

(38) PARADA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 246.

(39) *Ningún acuerdo ni resolución puede producir efecto ni causar perjuicio a otro, sino a partir de la notificación, si bien, claro es, se sobreentiende que ha de ser correcta* (STS de 25 de abril de 1974).

No obstante el art. 58.3 de la nueva Ley dispone lo siguiente:

Las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga, el recurso procedente.

En realidad, este artículo implica que las notificaciones defectuosas sólo producirán efectos en el caso de que así lo quiera el interesado. Es decir, la simple inactividad del interesado supondrá la falta de eficacia de la notificación, y, en consecuencia, del acto notificado.

Los dos supuestos que contempla el citado precepto son los siguientes:

1.- *Que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación.*

Las diferencias más sobresalientes con respecto a la LPA son:

- a) Mientras la nueva Ley dice que tales notificaciones surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice *actuaciones* que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, la LPA establecía que desde que se haga *manifestación expresa* en tal sentido por el interesado. Por tanto, en la nueva Ley es admisible tanto la manifestación expresa como tácita, con los problemas que ello puede plantear.
- b) En la nueva Ley se ha suprimido el supuesto que contemplaba el art. 79.4 de la LPA, y que había sido objeto de crítica por parte de la doctrina (40).

El problema más grave que plantea el art. 58.3 de la nueva Ley, se producirá ante una notificación defectuosa por no contener, por ejemplo, los recursos procedentes. Pues bien, si el sujeto realiza actuaciones como las indicadas, empezará a correr el plazo para la interposición del recurso pertinente (recurso que él, generalmente, desconocerá, al no haber sido mencionado en la notificación); cuando, en su caso, se percate que tal acto podía haber sido impugnado, muy probablemente el plazo para la interposición del recurso ya habrá transcurrido, con lo que será imposible la impugnación del acto defectuosamente notificado.

2.- *Que el interesado interponga el recurso procedente.*

Es decir, si el interesado no interpone el recurso *procedente*, sino cualquier otro, la notificación seguirá sin producir efectos (STS de 8 de octubre de 1979).

(40) Decía el indicado precepto que *asimismo surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieran omitido otros requisitos, salvo que se hubiera hecho protesta formal, dentro de este plazo, en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.*

Por otra parte, no debe ser considerado como tal recurso un escrito del interesado en el que se limitaba a solicitar aclaración sobre la notificación (STS 8 de octubre de 1979).

Si el interesado interpone el recurso procedente, pero fuera del plazo establecido legalmente al respecto, se discute si debe admitirse o no tal recurso. El Tribunal Supremo, mientras en algunas sentencias entiende que la interposición del recurso convalida la notificación del recurso, pero tal recurso no es admisible por interponerse fuera de plazo (41), en otras estima que la notificación se convalida desde la interposición del recurso (42), lo que implica que el recurso siempre se interpondrá dentro de plazo.

A nuestro juicio, si el interesado realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido del acto o resolución objeto de notificación, y posteriormente interpone el recurso procedente, éste último sólo será admisible si entre tales actuaciones y la interposición del recurso ha transcurrido un plazo igual o inferior al plazo establecido en la Ley para interponer dicho recurso. Es decir, desde las *actuaciones* del interesado la notificación produce efectos y empieza a correr el plazo para interponer el recurso.

Por otra parte, si no existen tales *actuaciones*, y el interesado interpone el recurso procedente, en ese momento la notificación empieza a producir efectos, y el recurso debe ser admitido.

(41) *El recurso de reposición fue entablado fuera de plazo, es decir a los 62 días, sin que ello sea óbice la notificación defectuosa, toda vez que el interesado al hacer uso de la facultad del art. 79.3, en vez de efectuarlo en tiempo y forma (lo que hubiera purgado el vicio de la incorrecta notificación), sólo lo hizo en forma, pero no en plazo, pues la frase el recurso procedente que el precepto citado emplea, da por supuesto que concurren ambos requisitos (STS de 27 de mayo de 1971). El recurso pertinente... al hallarse dentro del plazo del mes marcado por el ordenamiento jurídico... demuestra bien claramente la oportunidad temporal de articulación del recurso de reposición, y de consiguiente la desestimación de este motivo de inadmisibilidad alegado por la Administración (STS de 22 de mayo de 1984). Tal defectuosidad en el trámite administrativo... queda subsanada cuando el interesado... interponga el recurso pertinente... en tiempo y forma (STS 18 de abril de 1985). Desde el momento en que la parte interesada interpuso el recurso contencioso-administrativo, en tiempo y forma, el defecto quedó subsanado (STS de 12 de mayo de 1992)*

(42) *La notificación... es defectuosa y tiene que surtir su efecto, no desde que se realizó, sino desde que el interesado formuló el recurso pertinente (STS de 20 de noviembre de 1972). Ante una notificación defectuosa por no ajustarse a las exigencias legales... hay que estimar realizada la notificación cuando el interesado, dándose por notificado, interpone el recurso procedente (STS de 23 de octubre de 1984).*

V. CONCLUSIONES

1ª.- La notificación constituye una garantía de los derechos del administrado.

2ª.- Mientras no se practique la notificación de la resolución al administrado, ésta carecerá de eficacia.

3ª.- La falta de notificación no puede redundar en perjuicio del administrado.

4ª.- Los preceptos que regulan los requisitos necesarios para que las notificaciones surtan efectos, son de Derecho Público Procesal, y por tanto de inexcusable cumplimiento y de rigurosa observancia para la Administración.

5ª.- No todo defecto en la notificación provoca que la misma pueda calificarse de defectuosa; sólo puede estimarse defectuosa cuando sus imperfecciones han perjudicado al interesado, le han producido *indefensión* o han limitado las posibilidades de ejercicio de sus derechos.

6ª.- La notificación es un acto administrativo independiente del acto que notifica, por lo que si es declarada nula, tal nulidad no se extiende al acto objeto de notificación.

7ª.- El administrado no debe sufrir las consecuencias del error de la Administración en la consignación de los recursos pertinentes, órgano competente para resolverlos, o plazo para su interposición, pues tiene el deber de notificar correctamente, sin errores, y menos prevalecerse de éstos, esgrimiéndolos contra la víctima de los mismos.

8ª.- Y, por último, las notificaciones defectuosas sólo producirán efectos si interviene la voluntad del administrado.

3. INFORMACION

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Capitán Auditor (e.v.)
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA RELATIVA AL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESARCIR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS FUNCIONARIOS EN SU VEHÍCULOS PARTICULARES CON OCASIÓN DE UNA COMISIÓN DE SERVICIO.- II.- DOCTRINA LEGAL: 1. RESPONSABILIDADES CIVILES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS; 2. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. En repetidas ocasiones, los funcionarios presentan reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios sufridos en sus vehículos particulares con ocasión o por consecuencia del desempeño de su trabajo y de asuntos oficiales. De ordinario, dichas reclamaciones se basan genéricamente en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa o, incluso, de forma única, en el artículo 106 de la Constitución.

Ahora bien, a la vista de como está construido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tanto en el artículo 106 de la Norma Fundamental como en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (ahora, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), cuando el reclamante ostenta la condición de funcionario, el tenor literal de los mencionados preceptos impide que los daños sufridos por el propio vehículo, en los casos en que es utilizado para el desempeño de su función, sean resarcidos por esta vía, pues el reclamante

carece de legitimación, por no tratarse de un particular. Como se ha señalado, las indemnizaciones en el seno de las relaciones jurídicas específicas —como la de funcionario— se definen y sustancian dentro de dicha relación especial y conforme al régimen propio de su contenido.

2. No obstante lo expuesto, la situación de los funcionarios que sufren daños en sus bienes y derechos con ocasión del servicio que prestan no queda desprotegida. Antes al contrario, el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública (los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio), al igual que ya antes lo hacía el artículo 101.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado para éstos, establece el principio general con arreglo al cual no puede derivarse del desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo ningún perjuicio económico patrimonial para el funcionario. Así pues, el funcionario público no debe soportar a su costa un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario (*Dictámenes del Consejo de Estado números 51.051 y 53.971*). Por todo ello, la pretensión indemnizatoria no tiene amparo en estos casos sino en el seno específico del régimen de utilización de vehículos particulares en comisiones de servicio.

3. Como se ha puesto de manifiesto, no todos los daños sufridos en los vehículos particulares de los funcionarios con ocasión de un servicio son resarcibles por la Administración. Así se ha señalado que

...cuando el funcionario, por propia decisión, incluso autorizada por la Administración, realiza el desplazamiento según el régimen reglamentariamente establecido para los supuestos de utilización del vehículo particular durante una comisión de servicio, no ha lugar a la compensación por daño cuando se produce un accidente, perjuicio o gasto extraordinario. Y ello porque la contraprestación económica por el uso del vehículo particular se establece en la reglamentación aplicable a este tipo de comisiones, incluyéndose ya en la cantidad establecida por kilómetro todo coste para la Administración, de tal modo que, al aceptarse este régimen, la responsabilidad que deriva para el poseedor del vehículo por los daños que se causen mientras es utilizado no se trasladan a la Administración. El riesgo se asume por el poseedor del vehículo, en lo que no se derivan hacia una entidad aseguradora. La Administración no se erige en responsable por los daños que el vehículo cause mientras es utilizado o por los daños padecidos por el poseedor del vehículo. La utilización del vehículo particular comporta un riesgo cuyo tratamiento no se altera por la circunstancia de que el desplazamiento se conecte a una comisión de servicio. El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus pro-

pios costes, de los que el riesgo es uno de ellos, satisfaciéndose por la Administración la cantidad reglamentariamente prevista y a la que, mediante su voluntad, el funcionario, se ha adherido voluntariamente (Dictamen del Consejo de Estado número 742/91).

A la vista de lo expuesto en el transcrito dictamen y en otros análogos, puede afirmarse que existe una doctrina del Alto Cuerpo Consultivo que se sintetiza en las siguientes afirmaciones:

a) La prestación contemplada en el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, debe calificarse de compensatoria.

b) El precepto indicado tiene un desarrollo reglamentario en el Real Decreto 236/88 —antes en el Decreto 176/75— que regula, entre otras indemnizaciones, la llamada especial, definida como *compensación que se otorga al funcionario por daño, perjuicio o gastos extraordinarios que impliquen determinadas comisiones.*

c) El sistema vigente establece que los funcionarios públicos no deben soportar, a su costa, un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario.

ch) La indemnización por utilización de vehículo propio en una comisión de servicio no es de las comprendidas en el régimen de la llamada indemnización especial.

d) El régimen de la indemnización por utilización de vehículos particulares en comisión de servicio, a la vista de la regulación existente, determina que la contraprestación económica se fija en función de las características del vehículo y del kilometraje recorrido, comprendiéndose en la cantidad establecida el costa para la Administración, de modo similar a todo desplazamiento en medio de transporte ajeno a la Administración.

e) La responsabilidad derivada para el poseedor del vehículo, por los daños que él mismo cause o los propios y también los irrogados a un tercero, no se traslada a la Administración.

f) El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus propios costes, de los que el riesgo es uno de ellos.

g) La Administración debe satisfacer la cantidad prevista reglamentariamente y a la que el funcionario de forma libre se ha adherido.

El criterio expuesto es de aplicación aunque el causante del daño sea insolvente, como señaló el Consejo de Estado en *Dictamen número 53.971*, al afirmar

...la Administración Pública no asume la responsabilidad de terceros insolventes o de las insuficientes coberturas mediante el seguro o de las dificultades

des de la localización del infractor de cualquiera otra, en el cuadro de la responsabilidad por colisión de vehículos...

4. Sin embargo, no resulta de aplicación la doctrina expuesta:

A) Cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, en el ejercicio de sus funciones, pero para impedir un delito o evitar la producción de un daño. Así, el Consejo de Estado estimó que procedía indemnizar al funcionario de prisiones que, cuando llegaba al Centro Penitenciario en su vehículo particular, se percató de que un interno se evadía y salió en su persecución utilizando su vehículo particular. En dicha persecución, su vehículo resultó dañado al lanzar el evadido el coche que acababa de robar contra el automóvil del funcionario. En efecto,

...Aunque el funcionario reclamante no se encontraba de servicio en el momento de los hechos que originan la reclamación y, por tanto, su conducta no puede considerarse de un modo riguroso y estricto como de cumplimiento y ejecución material de acto de servicio, sin embargo sí se hallaba en el ejercicio de funciones públicas puesto que, como agente de la policía judicial (artículo 283.7 L.E.Crim.) tenía obligación de detener al que se fugare del establecimiento penal en el que se halle extinguiendo condena (artículo 492, en relación con el artículo 490.3 L.E.Crim.) (Dictamen del Consejo de Estado número 55.630).

B) O cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, con expresa autorización, para atender una orden urgente ante la cual ni cabe recabar el empleo de un automóvil oficial ni emplear un medio público de transporte (*Dictamen del Consejo de Estado número 55.102*).

C) En los casos en que el daño excede de la relación específica en la que debe sustanciarse y es apreciable una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida. Así, resulta indemnizable el daño sufrido por un funcionario de prisiones que, en su calidad de inspector de servicios, se desplazó en su vehículo particular a un establecimiento para el ejercicio de una comisión oficial, aparcando el automóvil en el interior del recinto penitenciario. Mientras desempeñaba su cometido, el vehículo sufrió daños producidos con un objeto punzante (*Dictamen del Consejo de Estado número 54.613*).

CH) O cuando es la Administración quien ordena al funcionario, por razones de servicio y a fin de garantizar su discreción, la utilización del vehículo particular (*Dictamen del Consejo de Estado número 50.753*).

D) Y, por último, en los casos en que la utilización del vehículo particular viene impuesta por las circunstancias objetivas concurrentes, como es la ausencia de

medios públicos de transporte directos entre la localidad de residencia del funcionario y la población a prestar la comisión de servicio, la celebración de una huelga de los trabajadores del sector de transportes en el área colindante al lugar de cumplimiento de la comisión y la consignación en el pasaporte correspondiente de que la autorización para el uso del vehículo propio no se hacía a instancia del interesado sino por disposición del Mando (*Dictamen del Consejo de Estado número 408/91*).

5. La doctrina recogida y sentada por el Consejo de Estado es plenamente aplicable a quienes prestan sus servicios en la Administración Militar, tanto civiles como militares. Es más, gran parte de los dictámenes reseñados se han emitido con ocasión de consultas solicitadas por el Ministro de Defensa.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Responsabilidades civiles de los miembros de las Fuerzas Armadas

Primero.— La Asesoría Jurídica General del Ministerio emitió informe, con fecha 6 de marzo de 1990, respecto de la posibilidad de pago de responsabilidades civiles imputadas al Capitán de Infantería Don Virgilio..., en Sentencia dictada en Juicio de Faltas 2126/87, del Juzgado del Distrito de Aranjuez, confirmada posteriormente, en apelación, por el Juzgado.

Según se desprende del citado informe, los hechos habían sido los siguientes: a) con ocasión de unas maniobras se produjo el fallecimiento del soldado D. Victoriano que iba bajo el mando de aquel Capitán, cuando la antena que portaba entró en contacto con un cable de alta tensión, propiedad también del Ministerio y que se encontraba a menor altura de la reglamentaria; b) el Juzgado del Distrito de Aranjuez condenó al Capitán, como autor de la falta prevista en el artículo 586.3 del Código Penal, a la pena de multa de 10.000 ptas., a la de represión privada y a que indemnizara a D. Victoriano en 1.000.000 ptas., declarando *responsable civil directo al Ministerio de Defensa*; c) interpuesto recurso de apelación, el Juzgado de Instrucción de Aranjuez lo estimó parcialmente y declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa por entender que no podía acordarse su responsabilidad civil directa, *quedando en todo caso abierta la vía contencioso-administrativa para exigir la responsabilidad, conforme a los artículos 128 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*; d) el Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército propuso la habilitación del crédito necesario para proceder al pago del millón de pesetas, por cuenta del Oficial condenado, puesto que éste *no cometió negligencia alguna en el desempeño*

de sus funciones, apreciable desde el punto de vista del servicio encomendado, como acreditan los oportunos informes.

La Asesoría Jurídica General subraya que *una vez más* se plantea la cuestión de la licitud de que, por la Administración Militar, se asuma el pago de las responsabilidades civiles a que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser condenados por los Tribunales de Justicia y por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Tras señalar que un primer problema (sobre el que en su momento convendría recabar el parecer de la Intervención General de la Defensa) radica en el principio de legalidad presupuestaria, consagrado en el artículo 43 de la Ley General Presupuestaria, la Asesoría analiza cuál sería el soporte legal de un desembolso económico como el que se pretende. A tal fin, expone la evolución experimentada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración para concluir afirmando que ésta es hoy responsable por la actuación de sus funcionarios y agentes en vía civil (relaciones de derecho privado) y en vía administrativa (actos de imperio). Sin embargo —añade—, en las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional penal de responsabilidad de la Administración, articulada sobre la relación de dependencia existente entre la misma y los servidores públicos, tiene un carácter netamente indirecto y subsidiario: es la prevista en el artículo 48 del Código Penal Militar, recogida en una amplia interpretación jurisprudencial sobre el *desempeño del servicio* como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del Estado. Aunque un sector doctrinal —prosigue la Asesoría— sostiene la procedencia de la responsabilidad directa del Estado incluso en los supuestos de ilícito penal (sin perjuicio de una ulterior repetición contra el responsable), es lo cierto que los Jueces y Tribunales, con alguna excepción (como la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de Aranjuez en el caso que da ocasión al informe) vienen declarando responsables civiles directos a los funcionarios que, por lo mismo y al declararse subsidiaria la responsabilidad de la Administración, pueden verse involucrados en consecuencias gravemente onerosas para *afrontar con sus bienes la que se les atribuya como responsables principales.*

La Asesoría Jurídica singulariza, brevemente, los rasgos del problema en las Fuerzas Armadas, cuyos miembros, por hechos cometidos en el estricto ejercicio de sus funciones, es decir en acto de servicio o en acto de servicio de armas (artículos 15 y 16 del Código Penal Militar), son declarados por los Tribunales de Justicia responsables de faltas de simple imprudencia que generan, no obstante, cuantiosas responsabilidades civiles, no pudiendo olvidarse la peligrosidad y alto valor económico de los medios que emplean, la especial relación de subordinación en que se hallan, las adversas circunstancias en que desarrollan su actividad y la asunción consciente del riesgo propio de la función y la profesión militar.

En consecuencia, la Asesoría, invocando el precedente de las Ordenes Ministeriales dictadas sobre pago de indemnizaciones por daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas, estima que *podría dictarse por el Ministerio de Defensa, siempre que fuera favorable al respecto el informe del Consejo del Estado, la oportuna disposición legal que permitiera al Ministro de Defensa, previa la instrucción del correspondiente expediente administrativo, acordar el afianzamiento y el pago de las responsabilidades civiles a que fuese condenado un miembro de las Fuerzas Armadas por daños a las personas o a las cosas, siempre que concurren las condiciones que especifica (daño causado con motivo y ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado, funcionamiento anormal del servicio, ausencia de dolo o grave negligencia del militar condenado, efectividad del daño así como evaluabilidad económica e individualización con relación a una persona o a un grupo de personas y nexo de causalidad "entre el hecho causante y el daño producido).*

La Asesoría Jurídica afirma que el procedimiento sugerido sería *el único que permitiría al perjudicado obtener, de hecho, una reparación integral del daño causado, impidiendo que se produzca un efecto no deseable: una misma lesión tendría distintas posibilidades de ser reparada dependiendo de que en la misma haya mediado o no negligencia del funcionario; en el segundo caso se abriría la vía del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (de la Administración del Estado), con la garantía patrimonial del Estado, mientras que en el primero el perjudicado sólo contraría, inicialmente, con el patrimonio del militar condenado. Esta situación provocada por el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad, obligaría a ciertos particulares —según el criterio de la Asesoría— a soportar, frente a otros, un sacrificio especial ante un daño causado por la Administración.*

La Asesoría Jurídica General significa, por último, que el sistema sugerido, limitado a los supuestos de imprudencia simple, no alteraría los principios generales de responsabilidad del Estado, consagrados en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico, por cuanto que el artículo 42 sólo permite repetir contra el funcionario responsable, previa instrucción del correspondiente expediente, en los casos de culpa o negligencia graves, sin prescindir de la culpa como base de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico.

La conclusión del informe es que, en el caso concreto considerado, *debería procederse al abono de la responsabilidad civil a que fue condenado el Capitán D. Virgilio, si bien, tanto por la transcendencia de la materia como por tratarse de una cuestión de responsabilidad patrimonial del Estado, sería conveniente solicitar dictamen del Consejo de Estado.*

Segundo.— Sin mediar otras actuaciones, el expediente (identificado como relativo a la responsabilidad civil subsidiaria en el ámbito de las Fuerzas

Armadas) fue remitido a este Consejo, cuyo Presidente, a propuesta de la Sección 4ª ponente para su despacho, lo devolvió con objeto de que se sustanciara el expediente relativo a D. Virgilio si a su caso se ceñía la consulta, o se cumplimentara lo legalmente establecido para la elaboración de disposiciones de carácter general, si la consulta versaba sobre la oportunidad y contenido de una disposición general.

Tercero.— El Asesor Jurídico General considera, en escrito de 30 de mayo de 1990, que pudiera incoarse el expediente previsto en los artículos 134 y siguientes del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (por lo que al caso concreto concierne), sin perjuicio de tramitarse, también, el procedimiento de elaboración de una disposición general, a cuyo efecto y por si se estimara de interés se adjunta el correspondiente proyecto de Orden Ministerial.

Cuarto.— El texto de Orden Ministerial propuesto, sin referencia expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado, resalta el hecho de que algunos miembros de las Fuerzas Armadas son declarados por los Tribunales de Justicia responsables de faltas de *simple imprudencia*, con cuantiosas responsabilidades civiles, por hechos cometidos en actos de servicio; apela a principios de equidad y de eficacia de las Fuerzas Armadas; recuerda las características y riesgos de la función de éstas y concluye su parte expositiva relacionando las sucesivas Ordenes que, desde 1971, se han dictado en relación con los daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas. El contenido dispositivo del proyecto es la versión normativa de las conclusiones que, a modo de sugerencias (*medidas que pudieron adoptarse*), figuraban en el informe de la Asesoría Jurídica General extractado en el primero de estos antecedentes.

Quinto.— La Secretaría General Técnica considera que la aprobación del proyecto de Orden Ministerial afectará favorablemente a la eficacia y operatividad de las Fuerzas Armadas que, no puede olvidarse, desarrollan sus funciones en ambientes de cierta peligrosidad. *Por no existir observaciones que realizar y por estimar que en el proyecto concurren los requisitos de legalidad, acierto y oportunidad necesarios*, la Secretaría General Técnica emite informe favorable a la aprobación del citado proyecto.

Sexto.— Figura en la documentación remitida un texto final del proyecto que coincide con el que fue propuesto por la Asesoría Jurídica General, completado en algún extremo y con ciertas precisiones y ajustes. Se hace constar que la aprobación del proyecto no producirá derogación alguna.

Séptimo.— En tal situación el expediente, se ha requerido del Consejo de Estado la presente consulta.

La lectura de la Orden Ministerial proyectada genera dudas y reservas que el expediente no ayuda a despejar. El aliento del informe de la Asesoría Jurídica

General, de 6 de marzo de 1990, y las estimulantes reflexiones en él desarrolladas no lucen, realmente, ni en el proyecto de Orden Ministerial formulado ni en su tramitación somera y desustanciada. La comprometida expresión de *posibles medidas a adoptar* tiene en aquel informe el valor de unas iniciales sugerencias; son útiles y válidas, sin duda, para introducir las cuestiones y orientar el proceso de elaboración de un proyecto dispositivo; son insuficientes, también sin duda, para convertirse sin más en un proyecto que, falto de su natural recorrido procedimental y, por ende, de estudios y aportaciones documentales, difícilmente presta soporte a la aseveración de que concurren los requisitos de legalidad, acierto y oportunidad. Tal aseveración se hace con llaneza en el informe de la Secretaría General Técnica, pero este Consejo de Estado no puede respaldarla incondicionalmente ni en lo que atañe a la legalidad (cuyos específicos y serios problemas están detectados más que superados) ni en lo que afecta al acierto (la enunciación de las ventajas coexiste con una ausencia de análisis sobre los inconvenientes y limitaciones del original sistema concebido) ni en lo que dice relación a la oportunidad (no se hace constar la dimensión del problema ni se tiene presente la potencialidad expansiva de sus soluciones y la relativa paridad de razón con la que, desde otros sectores de la Administración del Estado, pueden exhibirse argumentos de similar importancia y no menor fuerza de convicción).

El Consejo de Estado declara, sin ambages, su receptiva sensibilidad respecto de las preocupaciones en que se inspira la iniciativa tomada y comparte la pertinencia de solventar adecuadamente los problemas advertidos prestando cobertura a determinados riesgos propios del servicio de armas y a las onerosas consecuencias económicas que pueden desencadenarse por la responsabilidad civil asociada a la penal, incluso en el más tenue grado de ésta, cual es la simple imprudencia. Cabe recordar los cuidadosos criterios y las matizadas calificaciones que, en tantos dictámenes del Consejo de Estado, han signado el proceso de interpretación y aplicación de las normas, instituciones jurídicas y categorías dogmáticas y han permitido alcanzar conclusiones ajustadas a las singularidades de cada caso y a los requerimientos de la equidad y del buen sentido.

Es claro que, a los efectos del mejor servicio y de la mayor tranquilidad y correlativa eficiencia de quienes lo prestan, la seguridad anticipada de que ciertos riesgos serán asumidos por la Administración sustituiría ventajosamente la probabilidad —aun razonablemente fundada en precedentes— de que así habría de ocurrir. Pero deben hacerse dos puntualizaciones que, ajenas a toda pretensión de disminuir la relevancia del reconocimiento recién hecho, fijan su auténtico alcance, tanto sopesada la situación actual en sí misma, cuanto puesta en relación con la que se quiere introducir a través de la norma proyectada.

En primer lugar, ha de rechazarse por su simplicidad e inexactitud, la creencia de que una disposición con vocación de generalidad y vigencia indefinida es inducible, sin problemas, de una o varias resoluciones expresivas del sentido en el que se considera —o se desea— que todos o una pluralidad de casos se resuelvan. La captación, en tales casos, de sus rasgos comunes, a fin de configurar un supuesto normativo, no sólo puede ser un esfuerzo baldío sino también contraproducente si, en aras de una racionalidad objetivada y por inexorable respeto a los caracteres de cada institución o categoría jurídica, queda fijada una previsión normativa que, con su aparente claridad y certeza, tal vez ciegue o entorpezca los senderos por los que la práctica administrativa, la doctrina legal de este Consejo y hasta, en su orden, la jurisprudencia han servido eficazmente la llamada *justicia del caso concreto*. Una pretendida apertura de posibilidades, por elevación de casos concretos a supuestos normativos, desemboca con facilidad en un cierre, si la flexibilidad que, por ejemplo, una categoría consiente en el proceso de aplicación normativa se troca en rigidez cuando se recurre, en su propio y exigente plano doctrinal, a categorías de diseño y perfiles dogmáticos poco dúctiles.

En segundo lugar y aunque se prescindiera de las resistencias conceptuales y jurídicas, la incorporación al ordenamiento de una norma como la proyectada requiere un grado de seguridad y eficacia, que se compagina mal con prevenciones cautelares y márgenes de discrecionalidad. La cabal coherencia entre el fin perseguido y el instrumento dispositivo elaborado se erige así en una indispensable referencia para valorar el proyecto sometido a dictamen.

Pues bien, a juicio del Consejo de Estado, la iniciativa tomada no encaja con rigor en el conjunto de las categorías jurídicas a las que apela, se revela inconsecuente con ciertas prácticas administrativas, ofrece una formulación técnica falta de madurado rigor y puede devenir contraindicada, incluso desde el punto de vista —más convincente— de la protección por la Administración de sus servidores frente a situaciones que, para el buen sentido, son ocasionalmente desmesuradas y faltas de suficiente justificación.

En los apartados siguientes del presente dictamen se intentará razonar cada una de las afirmaciones hechas, precisando su sentido y alcance y sin eludir la sugerencia de líneas de reflexión que, antepuestas o alternativas a la seguida por la iniciativa ministerial, puedan resultar útiles. Y no está fuera de lugar resaltar ahora que el informe de la Asesoría Jurídica General, de 6 de marzo de 1990, es valiosa guía para el examen de los problemas y la ponderación de los argumentos jurídicos utilizados, aunque su traducción en la Orden proyectada, concebida como *consecuencia última*, llegue a denotar cierta *inconsecuencia*.

1. Una primera sensación de perplejidad resulta inevitable. La Asesoría Jurídica se refiere, mostrando sus rasgos diferenciales, a la responsabilidad

penal, a la responsabilidad civil derivada de ella o basada en el derecho privado y a la responsabilidad fundada en el derecho administrativo; fija el ámbito en que cada una opera así como los principios inspiradores y, tras dejar constancia de los términos en que son apreciadas por los órganos judiciales, orienta sus reflexiones —con respetable y hasta atinada convicción— hacia la corrección de los efectos que considera carentes de armonía.

Lo llamativo es que el informe se emite con ocasión de un caso concreto en el que, habiendo sido declarada la responsabilidad directa de la Administración (declaración excepcional en el conjunto de las que habitualmente hacen los órganos del orden jurisdiccional penal), la propia Administración se alzó contra tal declaración, obtuvo en apelación una sentencia favorable (en cuya virtud la responsabilidad del Ministerio de Defensa dejó de ser directa para convertirse en subsidiaria) y seguidamente se planteó en qué forma el Ministerio de Defensa podía obtener título jurídico y cobertura idónea para abonar la indemnización como responsable directo y no como subsidiario. El contrasentido es tan palmario que, a juicio de este Consejo de Estado, lo primero que debe hacer la Administración, antes de tomar iniciativas innovadoras o clarificadoras en materia de responsabilidad, es salir de esa contradicción en que se halla sumida, según se vea a sí misma como gestora de intereses públicos y parte de la relación jurídico-funcionarial o se desenvuelva como parte en un proceso judicial. ¿Qué justificación material tiene formular pretensiones procesales, obtener declaraciones jurisdiccionales concordantes con ellas y, seguidamente, considerar necesaria la interposición de una Orden Ministerial para que la sentencia no llegue a ejecutarse en sus términos, sino en los que se impugnaron en el litigio?

Hay otros casos todavía menos comprensibles, sin reflejo directo en el expediente pero implícitos en la alusión que el preámbulo de la Orden proyectada hace al *alto valor económico de los medios que emplean* los miembros de las Fuerzas Armadas. La titularidad de tales medios corresponde naturalmente a la Administración y la mención de ellos en su contexto parece ser tan sólo coherente cuando, por haber sufrido daños, la propia Administración pretende una declaración de responsabilidad del causante de los mismos y un reconocimiento consecuente de su derecho a ser indemnizada. ¿Es que la iniciativa tomada trata también de amparar a los miembros de las Fuerzas Armadas condenado a indemnizar a la Administración por lesión causada en sus bienes? ¿Es que la Administración se erige en protectora del condenados, para relevarle de su obligación de indemnizar, precisamente cuando ha conseguido o consentido que esa obligación haya sido judicialmente declarada?

Sabido es que la Administración actúa con sujeción a normas de derecho necesario, siendo excepcional el otorgamiento a su favor de un ámbito dispositivo, por

lo que no puede operar como un particular o como una empresa respecto de sus empleados y en beneficio de los mismos. Tiene por ello que buscar u obtener un título habilitante para proceder como pretende a tenor del proyecto.

El Consejo de Estado recuerda que, según el informe de la Asesoría Jurídica, el título legitimador se encuentra en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Pero, siendo así y este Consejo lo comparte —según se verá— hasta cierto punto, habría que razonar a partir de la no necesidad de la Orden en su raíz material, con independencia de su utilidad esclarecedora, lo que colocaría la iniciativa ministerial en un plano distinto y netamente subordinado, pudiendo ser suficiente el de las instrucciones y directrices. En tal hipótesis, los más importantes análisis del problema y los ambiciosos fundamentos de la propuesta se antojarían, por su dimensión doctrinal y su carga dogmática, netamente desproporcionados. Si lo que se desea es expresar la deducción lógica de lo que la Ley establece, la necesidad de la Orden es, cuando menos, sólo relativa; la afirmación de que es rigurosamente necesaria, a los efectos materiales pretendidos, no tendría otro valor que el de sembrar dudas acerca de su legalidad. La iniciativa, no obstante, puede ser conveniente —y luego se verá con qué contenido— para ilustrar y homogeneizar la práctica administrativa, en derecha aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a las que hoy presta amparo de máximo rango el artículo 106.2 de la Constitución.

El dictamen, sin embargo, ha de limitarse a indicar que la Administración, a la que corresponde facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares, aunque no imponerles a ultranza la estrategia procesal a seguir, puede y debe acomodar la suya a lo que entiende que son los términos en que está regulada la responsabilidad fundada en el derecho administrativo. Ello se presenta como un *prius* respecto de cualquier otra iniciativa. No es inteligible que la Administración, tras haber obtenido la declaración jurisdiccional de su derecho a ser indemnizada o de su exoneración de responsabilidad o del carácter subsidiario de ésta, aplique sus esfuerzos a justificar la interposición de una Orden Ministerial que le permita renunciar a la indemnización o hacerse responsable directa de la lesión causada. Si esta posibilidad o pertinencia se deduce de la aplicación de las normas de derecho administrativo en materia de responsabilidad, se hace en rigor innecesaria la Orden proyectada, según se ha dicho; también se revela, no ya innecesaria, sino incomprensible y contradictoria, la formulación de pretensiones procesales, satisfechas por declaración jurisdiccional, que, a juicio de la propia Administración, al parecer, no debe cumplirse en sus términos.

2. No es correcta la apreciación de la Asesoría Jurídica cuando, como argumento final de su cuidada exposición, apunta que, de no arbitrarse un procedi-

miento como el sugerido, la reparación de la lesión producida a un tercero dependería de que hubiera o no mediado negligencia del funcionario. En discrepancia con dicha Asesoría en este punto —que no con reflexiones anteriores de la misma—, el Consejo de Estado entiende que los perfiles propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lesiones causadas por el funcionamiento de un servicio público, no permiten operar con la distinción señalada, puesto que en uno y otro caso el lesionado tiene derecho a ser indemnizado por la Administración. Es ilustrativo a este respecto que la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Aranjuez, en el caso que se halla en el origen de las actuaciones, tras declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa, preserva el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado como vía para exigir la responsabilidad. Y es doctrina constante de este Consejo que la existencia de actuaciones jurisdiccionales penales sobre los mismos hechos, no sólo no perjudica el ejercicio de los derechos del lesionado en vía administrativa, aunque él hubiera promovido tales actuaciones, sino que liga a la conclusión de las mismas la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo en que la reclamación ha de ser presentada, en el supuesto, claro está, de que los efectos reparadores no se hubieran producido y cerrado en el proceso judicial o en ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales en él recaídos.

3. Importa advertir, también, el acusado desnivel en el que cae la argumentación de la Asesoría Jurídica General, puesto que, de una parte, emplaza el problema en el ámbito de los artículos 40 y siguientes en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, de otra, sitúa el fundamento concreto de la Orden proyectada en la apelación al acto de servicio, en razones de equidad y de eficacia e, inopinadamente, en el precedente de las Ordenes Ministeriales relativas al abono de indemnizaciones por daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas.

Parece como si, en trance de expresar las conclusiones consiguientes a su razonamiento, hubieran surgido —o se hubieran agigantado— las dudas sobre el alcance de aquellos artículos y se hubiera, por ello, descendido a un plano de mayor modestia y menores vuelos. No será este Consejo de Estado quien enjuicie desfavorablemente ese encogimiento final; pero no parece que el trasvase del centro de gravedad se justifique —quizá hubiera podido hacerse pero no se ha hecho— prescindiendo del instituto de la responsabilidad administrativa. Tampoco halla el Consejo de Estado estricta coherencia entre los precedentes invocados (hay una errata en la cita de la Orden de 6 de mayo de 1977 puesto que fue publicada en el Diario Oficial del Ministerio del Ejército, número 104) y la propuesta ahora examinada. Estaría fuera de lugar que este Consejo se refiriera a aquellos antecedentes a efectos distintos de aceptarlos, simplemente, como datos. No puede, sin embargo, orillarse la consideración de que en las Ordenes citadas

—sobre las que naturalmente inciden las características (no trasladables) de la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor— la formulación dispositiva parece concebida primariamente para la efectividad de la indemnización al perjudicado, no para cubrir la responsabilidad del agente causante del daño, aunque este último efecto pueda producirse. Se presupone, pues, que se dan todos los requisitos del artículo 40; la Administración paga conforme al mismo, aunque la indemnización fuera exigible al conductor del vehículo, y se reserva la posibilidad de repetir contra el conductor que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia graves (artículo 42).

La Orden ahora proyectada, en cambio, adopta un punto de partida distinto, en cuanto trata de cubrir la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas, dadas ciertas condiciones, en tutela de éstos y no en garantía directa a favor del perjudicado, aunque también este efecto pueda producirse.

4. Por lo que al proyecto de Orden Ministerial en su específica concepción y articulación afecta, el Consejo de Estado estima procedentes las siguientes observaciones:

a) En la parte expositiva de la Orden proyectada se indica que, con frecuencia y en el ámbito de las Fuerzas Armadas, algunos de sus miembros, por hechos cometidos en acto de servicio o en acto de servicio de armas (artículos 15 y 16 del Código Penal Militar), son declarados por los Tribunales de Justicia *responsables de faltas de simple imprudencia que generan, no obstante, cuantiosas responsabilidades civiles*. Entre los requisitos necesarios para que pueda acordarse el abono por el Ministerio de Defensa de las indemnizaciones derivadas de dichas responsabilidades, figura en el párrafo c) de la norma segunda *que el daño no se hubiere causado por dolo o grave negligencia del militar condenado*.

Es claro el desajuste entre la confesada voluntad de ceñir la Orden a los casos de imprudencia simple (afirmación de la que arranca el informe de la Asesoría Jurídica) y la prescripción normativa excluyente de los casos de dolo o negligencia grave. De esta suerte, en la graduación de la intencionalidad a efectos de la responsabilidad penal, hay escalones (imprudencia con infracción de reglamentos o culpa leve) que parecen no haber sido considerados y que, en puridad, siendo distintos de aquel (simple imprudencia) en el que se había localizado el problema y la buscada solución, quedan equiparados a él, al no aparecer incluidos en la determinación negativa del requisito enunciado en la norma segunda de la Orden proyectada.

En cualquier caso, la discordancia —explicable en el informe de la Asesoría Jurídica por la trasposición final que hace de su argumentación para engazarla con los artículos 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado— denuncia la falta de sedimentación del proyecto de Orden Ministerial que, como antes se ha advertido, viene a dar formulación dispositi-

va a los términos finales de un informe, sin verdadera y adicional tramitación en la que se produjera la natural depuración conceptual y terminológica. Quizá sea perceptible la sintonía entre un informe y una disposición normativa en él inspirada o de él extraída; pero son claras las distintas exigencias técnicas a que uno y otra han de responder, como diversos son el sentido y alcance expositivo de un informe y el contenido materialmente prescriptivo de una disposición.

b) También entre los requisitos de la norma segunda figura, en el párrafo e), *que exista relación de causa-efecto entre el hecho causante y el daño producido*. Es evidente la inanidad normativa de una exigencia que, por principio y según sus términos tautológicos, nunca puede faltar: entre la causa (*el hecho causante*) y el efecto (*el daño producido*) no cabe la inexistencia de relación de causa-efecto.

Parece que se ha querido hacer explícita la necesidad de que exista nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio (que, según el párrafo b) estaría en el origen del hecho causante del daño) y el efecto lesivo. Pero el requisito del párrafo e), forzado quizá por un mal concebido enlace con los requisitos de los párrafos a) y b), expresa —y en términos dispositivos— una obviedad que no es sino revelación de lo que ya antes se ha dicho en cuanto a las insuficiencias del muy precario procedimiento al que ha sido sometida la elaboración del proyecto consultado.

c) No deja de producir inicial sorpresa, a la vista del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que el párrafo b) de la norma segunda se refiera al *funcionamiento anormal del servicio*, cual si la responsabilidad objetiva de la Administración se limitara a aquel tipo de funcionamiento y excluyera el normal, en el que, con mayor fundamento, habría de desplegar su plena virtualidad.

El Consejo de Estado entiende, sin embargo, que en este punto la Orden es coherente con su propia concepción. Si el supuesto de la norma implica que existan *responsabilidades civiles a que sean condenados miembros de las Fuerzas Armadas, por razón de daños a las personas o a las cosas irrogados con motivo u ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado* (norma primera), el funcionamiento del servicio, en el que se inserta la conducta merecedora de reproche penal, no ha de ser considerado normal. No parece pretender, pues, la Orden Ministerial verificar amputaciones en el ámbito de cobertura de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración.

Ello no obstante, el párrafo en cuestión de la Orden proyectada no es especialmente feliz en su expresión. La supresión del adjetivo *anormal* (más que la adición del calificativo *normal*) podría ser técnicamente adecuada para vedar desviaciones interpretativas, sin perturbar la lógica de la norma proyectada (o, por mejor decir, de la solución que se pretende para el problema detectado).

d) El defecto técnicamente más grave y jurídicamente más relevante que evidencia la Orden proyectada radica en no haber discernido las insoslayables diferencias entre el planteamiento que permite la existencia de una previa decisión judicial y el planteamiento admisible a falta de tal decisión. Una ponderada valoración de tales diferencias hubiera obligado a una reflexión, primero, y a una instrumentación de la Orden, después, de forma que las posibilidades inherentes a uno y otro supuesto no fueran rebasadas y sus singularidades quedaran atendidas. No acontece así ni en el expediente remitido ni en el proyecto consultado. Todo lo concerniente al *afianzamiento de las responsabilidades civiles* queda en una remisión a las condiciones previstas en la Orden para el supuesto de existencia de condena.

Es manifiesta la inconsistencia de un tratamiento del afianzamiento cual si de un mero apéndice sin entidad propia se tratara. En virtud de la remisión que la norma quinta de la Orden proyectada hace, a efectos del afianzamiento se sustanciaría un expediente administrativo en el que, entre otras cosas, habría de acreditarse que no existió dolo o culpa grave en una conducta respecto de la cual se hallan en curso las actuaciones judiciales, pero sin haber recaído pronunciamiento jurisdiccional. La percepción del problema —y quizá de sus delicados perfiles— parece hallar reflejo, en la Orden proyectada, al prevenir que la resolución administrativa que se dicte, acordando o no el afianzamiento de las responsabilidades civiles, no prejuzga la resolución definitiva del expediente. Esta elemental cautela no da, desde luego, respuesta proporcionada y eficaz a las cuestiones que la iniciativa tomada deja abiertas.

En efecto, el Ministerio de Defensa, con toda la provisionalidad que se quiera, no dejaría de dictar una resolución sobre elementos esenciales para enjuiciar hechos y responsabilidades penales; tan esenciales que afectan a la culpabilidad —y al grado de ella— del miembro de las Fuerzas Armadas implicado en los hechos objeto de investigación judicial. Formalmente es clara la separación entre el orden administrativo y jurisdiccional, pero materialmente no se aseguraría la ausencia de interferencias si se procediera de acuerdo con la Orden proyectada.

No es una hipótesis de mera fantasía que la resolución administrativa denegara el afianzamiento, por estimar —provisionalmente— dolosa o gravemente negligente la conducta del miembro de las Fuerzas Armadas, y éste fuera luego absuelto o condenado por imprudencia simple o culpa leve. A la inversa, podría concederse el afianzamiento al apreciar —también con provisionalidad— la ausencia de dolo o negligencia grave y, sin embargo, recaer después una condena judicial por actuación dolosa o gravemente negligente. La norma proyectada habría así desplegado sus efectos en sentido cabalmente contrario a aquel en el que se busca su fundamento y legitimación.

No es, por otra parte, aventurado prevenir que la interposición de una resolución administrativa —aún provisional— denegando, por ejemplo, el afianzamiento pudiera tener algún peso en la formación de la convicción del juzgador o interferir (incluso sin conciencia de ello) declaraciones testificales o dictámenes periciales, respecto de los que aquella resolución emergería como una especie de prejuicio (juicio previo) con eventual y no querida eficacia ulterior condicionante sobre el juicio.

e) Es claro que, en el caso de condena previa y al asumirse como dato el pronunciamiento jurisdiccional ya recaído, no se plantean los problemas en la forma que acaban de ser señalados para el supuesto de afianzamiento. Pero, con independencia de los matices —a que es ajeno el proyecto— que pudieran resultar de los términos en que se hubiera declarado la responsabilidad civil de la Administración o en que se rechazara (o faltara) cualquier declaración sobre ella, y con independencia de la diversidad de situaciones según fuera la propia Administración o un tercero el beneficiario de la declaración de responsabilidad civil del condenado, es lo cierto que la resolución del Ministro de Defensa a que se refiere la cuarta de las normas del proyecto, en cuanto legitimaría el pago directo al tercero lesionado, habría de ser, propiamente y en su caso, una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado; su fundamento legitimador solo podría hallarse, conforme razona la Asesoría Jurídica, en una racionalizada fijación de los efectos materiales propios de los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, en estas circunstancias, el expediente tendría que ser el que con carácter general está previsto para dictar tal tipo de resolución, sin que por Orden Ministerial pueda contradecirse lo establecido por Decreto (el Reglamento de Expropiación Forzosa) ni por disposición administrativa, cualquiera que sea su rango, pueda dejarse sin efecto la exigencia del dictamen del Consejo de Estado (artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril).

5. Desde otro punto de vista, entiende el Consejo de Estado que la preocupación manifestada en el seno del Ministerio de Defensa, en relación con el problema cuya solución se trata de abordar, no existe sólo en el ámbito que cubre la competencia gestora de dicho Ministerio. Baste considerar que, en la disposición adicional tercera de la vigente Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, se establece la posibilidad de *concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura*. Y cabe recordar la información bien reciente acerca de la inicia-

tiva conducente a liberar de o a cubrir la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre determinado personal docente por razón de hechos lesivos cometidos por menores sujetos a su vigilancia o disciplina académica.

No se trata de equiparar problemas y menos situaciones. Se trata de señalar que es preciso conocer la hondura, el alcance y las variables de la cuestión, a fin de recomendar un tratamiento, no necesariamente unitario, pero sí homogeneizador y, al menos, superador de la dispersión errática de iniciativas surgidas desde diversos sectores de la Administración.

6. Una apretada síntesis de todo lo indicado podría exponerse así:

a) No procede la aprobación del proyecto de Orden Ministerial consultado, por la fuerza convergente de las distintas razones que a lo largo de este dictamen han sido expresadas. No quiere ello decir que, a partir de una razonable interpretación y aplicación de las previsiones normativas contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no puedan alcanzarse, bajo el principio de la *solución justa del caso concreto*, algunos de los objetivos pretendidos. Pero la sutileza y el ingenio hallan en el campo jurídico posibilidades cualitativamente distintas según se trate de abordar unos hechos en su singularidad o se esté en trance de categorizar, para articular supuestos y prescripciones e insertar una nueva norma en el ordenamiento.

b) Si se estimara imprescindible y siempre dentro del marco de aquellas previsiones legales —y de las demás que fueren pertinentes— sería aceptable impartir instrucciones ilustrativas y armonizadoras respecto del modo de proceder cuando el problema se plantee.

c) En cualquier caso y con carácter previo a una iniciativa normativa, sería preciso lograr una plena coherencia entre la posición procesal de la Administración y la que pretende adoptar una vez que el litigio se ha resuelto. Es inconsecuente (y priva de solidez a la postura del Ministerio de Defensa) que la Administración sostenga pretensiones procesales y, una vez satisfechas por el órgano juzgador, se plantee el problema de cómo proceder para que las cosas discurran “*como si*” aquellas pretensiones hubieran sido rechazadas.

d) Una cierta extensión —presumiblemente creciente— de la preocupación que subyace en este expediente y la real existencia de distintas e inconexas iniciativas hacen aconsejable una consideración de conjunto por parte del Gobierno, a efectos de orientar la línea de actuación de los diversos Ramos de la Administración y ejercitar en su caso la iniciativa legislativa ordenadora.

e) Las categorías jurídicas en juego tienen, por otra parte, sus propias exigencias y su lógica interna; sin duda sería deseable que sus efectos últimos expresaran una armonía en la que se realizaran con plenitud los fines que identifican las instituciones y cualifican las categorías. Pero, si como dice la Asesoría Jurídica,

los Jueces y Tribunales vienen aplicando las normas penales —y no las administrativas— en materia de responsabilidad del Estado por actos punibles de los servidores públicos, es excesivo confiar en que otra articulación, ajena a la que hoy se da según la jurisprudencia y la práctica administrativa, puede ser alcanzada por la mera interposición de una Orden Ministerial. Un planteamiento serio y hondo de la cuestión y una certeza en la eficacia de la solución pretendida, con todas sus matices y aspectos, requieren el ejercicio de la iniciativa legislativa y el pronunciamiento del legislador. A falta de ello, sólo queda el margen, no ilimitado, de posibilidades —no de certeza— en el que puede operar el jurista a partir de las normas vigentes, de las instituciones jurídicas actuales y de las categorías doctrinales y jurisprudenciales existentes.

(Dictamen número 55.290)

2. Revisión de oficio de actos administrativos

“El voluminoso expediente remitido comprende la totalidad de los documentos que obran en la Administración Militar, desde el ingreso en las Fuerzas Armadas del interesado, y en él se incluyen, entre otros, el historial, expedientes de retiro, y separación de servicio, licencias y fichas médicas. Figuran en el expediente diversos informes médicos cuya fecha y contenido serán reseñados posteriormente.

Se trata en el expediente objeto de dictamen de determinar si la resolución 1568/1972, de 28 de noviembre, del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Marina por la que se dispuso el pase del interesado a la situación de retirado y la posterior orden ministerial n° 437/1973, de 3 de junio, por la que se dispuso la separación de servicio del mismo pueden ser declaradas nulas en el procedimiento de revisión de oficio solicitado por el propio interesado.

De las resoluciones objeto de este expediente, una de ellas no puede considerarse como acto declarativo de derechos, dado su contenido evidentemente restrictivo, y la otra —la resolución por la que se ordena el pase a la situación de retiro a petición propia— tampoco puede ser calificada como acto declarativo de derechos si se la pone en relación con la situación jurídica que puede resultar de su anulación y posterior sustitución por la situación más favorable de retiro por inutilidad física. Ello no comporta, sin embargo, que puedan dejarse sin efecto una u otra resolución sin el debido fundamento jurídico y sin la observación de un procedimiento. Pero la aplicación de las reglas que establece la Ley de Procedimiento Administrativo para la revisión de oficio de los actos cuyo contenido es declarativo de derechos para el interesado requiere, en el presente caso, establecer las correspondientes matizaciones. Especialmente debe tenerse en cuenta que la distinción entre nulidad absoluta o de pleno derecho y nulidad relativa o simple anulabilidad no tiene en este caso la transcendencia que el ordenamiento jurídico establece cuando se trata de anular actos declarativos de derechos.

De ahí que proceda, en el supuesto objeto de este dictamen, entrar en el examen de los posibles vicios jurídicos de las referidas resoluciones administrativas sin necesidad de encuadrarlos en alguna de las categorías jurídicas señaladas. Procede, en consecuencia, examinar si dichos actos administrativos pueden ser revisados de oficio en atención a las condiciones psíquicas del interesado.

No es la primera vez que este Consejo de Estado ha entendido que un acto administrativo, cuyo presupuesto de validez lo constituya una conducta o una actuación de un administrado, puede ser revisado de oficio si, por razón de las condiciones psíquicas de aquél, no puede ser objeto de imputación de sus actos y, por tanto, no puede ser responsable de las consecuencias de los mismos.

Así, pues, la cuestión sometida a dictamen de este Consejo se reconduce, en último término, a valorar si el interesado reunía al tiempo de adoptarse las resoluciones cuya anulación se pretende, las condiciones psíquicas necesarias para constituirse en sujeto de imputación de sus propias acciones.

En este sentido —y ya remitido el expediente a este Alto Cuerpo Consultivo— se consideró preciso someter a dictamen de los servicios médicos psiquiátricos si, a tenor de los documentos y demás antecedentes que pudiesen obrar en poder de la Administración, el interesado tenía íntegras sus facultades mentales en la fecha a que se refieren las aludidas resoluciones administrativas. El Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas en su sesión celebrada el día 28 de febrero de 1990 *acordó por unanimidad informar que en el momento actual no se aprecia patología psiquiátrica alguna*” y que *de su historial se deduce que ha podido padecer síndrome depresivo bipolar que no es de carácter demenciante y que ha podido, en las fases de actividad, afectar a sus capacidades intelectual y volitiva, sin que sea posible a tantos años de distancia asegurar las fechas concretas y el grado de afectación sufrido.*

El informe médico, pues, deja lugar a la duda, por lo que es preciso atender a otros informes médicos, incluso de los propios servicios de la Armada que obran en el expediente, de los cuales unos son anteriores a las fechas de las resoluciones administrativas cuya anulación se pretende y otros son posteriores. Es preciso, pues, acudir a hechos o actuaciones —en este caso de carácter médico— antecedentes y consecuentes a la adopción de los actos administrativos de que se trata, con objeto de intentar determinar el grado de imputabilidad de los actos del interesado en este expediente.

Consta en el expediente que por resolución ministerial 5198/1963, de 2 de diciembre, se concedieron dos meses de licencia por enfermo *por padecer síndrome depresivo*, de acuerdo con Certificado Médico de fecha 3 de octubre de 1963 de los servicios de la Armada en el que se expresa que *presenta antecedentes psicológico-psiquiátricos desde hace ocho años por cuyo motivo fue*

ingresado en el Hospital del Ferrol y que presenta síntomas que corresponden a una *depresión reactiva genuina*.

Figura asimismo en el expediente un *Dictamen Psiquiátrico* de fecha 10 de octubre de 1977 suscrito por el Profesor Doctor López Zanón, Jefe del Servicio de Psiquiatría de la Ciudad Sanitaria Provincial *Francisco Franco*, en el que expresa que *la enfermedad que afecta a este paciente le priva de su capacidad e imputabilidad durante las fases hipertímicas e hipotímicas, que significa, más que una simple psicosis maniaco-depresiva, un cuadro marginal (Psicosis periódica, fásica y mixta), el cual le privaría mucho más de la imputabilidad y capacidad*. Y concluye su dictamen señalando que el interesado *padece una enfermedad mental que puede privarle de capacidad y puede convertir en no imputables actos que en sí serían delictivos*.

Figura en el expediente la reseña del informe del Tribunal Médico Militar Central *Gómez Ulla* de 10 de octubre de 1984 en el que, previo reconocimiento del interesado, se apreció *Psicosis endógena depresiva. Enfermedad de naturaleza endógena, que no guarda relación con vicisitudes del servicio*.

Por último, el propio Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas, en su sesión de 26 de marzo de 1985, acordó, previo reconocimiento del interesado, que la enfermedad que padece *no guarda relación con el Servicio de Armas por lo que no procede su ingreso en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria*.

A la vista de todos estos informes médicos, pueden apreciarse, a juicio de este Consejo de Estado, razonables dudas sobre las condiciones psíquicas del Sr. R. al tiempo en que se produjeron las resoluciones administrativas de retiro y posterior separación del servicio; dudas que llevan a este Alto Cuerpo Consultivo a entender que no pueden imputarse al interesado ni las actuaciones que dieron lugar a la resolución nº 1568/1972 sobre pase a la situación de retiro a petición propia, ni la conducta que determinó la posterior resolución 437/1973, sobre separación del servicio. Considera pues, este Consejo de Estado que, faltando el requisito de la imputabilidad, no pueden considerarse jurídicamente válidos dichos actos administrativos y, en consecuencia, ha de procederse a su revisión de oficio por la Administración.

Conviene, no obstante, puntualizar que la revisión de dichas resoluciones no puede comportar ni el ingreso en el Cuerpo de Mutilados de Guerra ni el reintegro en el servicio activo.

En efecto, en cuanto al ingreso en el Cuerpo de Mutilados como inutilizado por razón del servicio, el Consejo de Estado, de acuerdo con lo expresado en los dictámenes médicos que se han reseñado, considera que la enfermedad que padece el interesado no guarda relación con el Servicio de Armas, por lo que no procede, en consecuencia, su calificación como Inutilizado por razón del Servicio.

Tampoco puede suponer el reingreso en el servicio activo (aunque fuera referido a la fecha de 1972 en que se dictó la resolución de pase a situación de retirado) teniendo en cuenta precisamente las circunstancias psíquicas del interesado. Procede, en consecuencia, modificar la causa o motivo del retiro (referido a la citada fecha de 1972), entendiéndose que el pase a la situación de retiro no es por la causa "C). *A petición propia*", tipificada en el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1972 nº 1211/1972, vigente en aquella fecha, sino por la causa "B. Por inutilidad física", prevista en el propio precepto.

La sustitución de la causa del retiro debe producir, desde la fecha referida, 1972, las consecuencias económicas que se preveían en aquel ordenamiento (artículo 24, particularmente) y las que se deriven de la actual ordenación jurídica de los derechos pasivos.

En definitiva, pues, la revisión de las resoluciones objeto del expediente determina, por una parte, su anulación con privación de efectos a la resolución de separación del servicio y, por otra, exige un pronunciamiento administrativo que sustituya la situación de retiro a petición propia por la de retiro por inutilidad física, con las consecuencias económicas procedentes.

(Dictamen 54.806/53.606)

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

MINISTERIO DE DEFENSA

En su virtud,

VIVIENDAS MILITARES

Orden Ministerial 26/93, de 17 de marzo, «Boletín Oficial de Defensa» número 58.—Se regula el régimen aplicable a las viviendas contempladas en el artículo 44 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre.

El Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, para contribuir a la operatividad de las Fuerzas Armadas y facilitar la movilidad geográfica de sus integrantes, regula las viviendas militares de apoyo logístico, destinadas a satisfacer las necesidades de viviendas del personal militar de carrera en situación de servicio activo y en la localidad de su destino. Junto a ellas, el artículo 44 del mencionado Real Decreto determina que el Ministro de Defensa regulará el régimen aplicable a las viviendas que, no calificadas como viviendas militares de apoyo logístico, se destinan al uso por personal vinculado a las Fuerzas Armadas en el marco de la política de acción social del Departamento, atendiendo, en lo que sea de aplicación, a lo previsto en el propio Real Decreto.

DISPONGO

Primero.— Cuando el Ministro de Defensa considere que pudieran concurrir razones humanitarias o de carácter excepcional que aconsejen la adjudicación de una vivienda sin el carácter de apoyo logístico, lo comunicará al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, que tramitará un expediente acreditativo de la concurrencia de tales circunstancias.

Finalizada la tramitación del expediente, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas lo elevará al Secretario de Estado de Administración Militar quién, en su caso, dictará resolución adjudicando la vivienda conforme al régimen previsto en la presente Orden.

Segundo.— El adjudicatario de la Vivienda vendrá obligado al abono al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas del canon mensual que le corresponda y que se determinará anualmente por el Ministro de Defensa. El pago del canon se hará efectivo a través de recibo mensual, que girará el mencionado Instituto.

Tercero.— El régimen de conservación y mantenimiento de estas viviendas será el que prevén los artículos 30 y siguientes del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, así como el que venga determinado por las normas que, en su desarrollo, pueda citar el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

Cuarto.— Serán causas de desalojo de estas viviendas, además de las contempladas en los apartados f), g), h) e i) del artículo 32.1 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, la desaparición de las circunstancias humanitarias o de carácter excepcional que motivaron su adjudicación. A estos efectos, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá requerir periódicamente la justificación del mantenimiento de las indicadas circunstancias.

Quinto.— El plazo de desalojo voluntario será el de tres meses a partir de la fecha por el que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se notifique al interesado la acreditación de la causa de desalojo. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el desalojo voluntario, se procederá en la forma prevista en el artículo 35 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre.

Sexto.— La adjudicación de una vivienda conforme al régimen especial contemplado en la presente Orden, y sin perjuicio de los derechos del adju-

dicatario, no impedirá su ulterior calificación como vivienda militar de apoyo logístico, o en su destino a otros fines, cuando las necesidades del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas así lo aconsejen.

Séptimo.— La gestión, mantenimiento y cuantas actuaciones fuesen precisas para la administración de estas viviendas, seguirán llevándose a cabo por el Instituto de las Fuerzas Armadas.

Octavo.— La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de Defensa».

Madrid, 17 de marzo de 1993.

Julián García Vargas.

MINISTERIO DE DEFENSA

DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

Instrucción número 25/93, de 18 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogiendo la concepción y principios determinados en los artículos 103 y 149.1.18 de la Constitución, supone un cambio profundo de la actuación administrativa.

Una particular trascendencia supone la formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, siendo de todos ellos, destacables; la posibilidad de identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos y poder, en su caso, solicitar la exigencia de responsabilidad por las anomalías en la tramitación; el poder formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia; y, el de no presentar los que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

Especial significación debe hacerse del carácter positivo que, para el particular, se desprende de la inactividad de la Administración, ya sea

mediante la certificación de los actos presuntos, ya como derivado de la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los particulares, considerándose aquél como garantía del cumplimiento del verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido, privando la eficacia sobre el formalismo.

La necesidad de fomentar y adoptar una nueva mentalidad en la actuación administrativa y las exigencias inherentes a los principios de celeridad y eficacia que, con carácter prevalente, han de regir en la actividad procedimental de la Administración, unidas a las facultades que la propia Ley reconoce a la Administración para la mayor agilización de los procedimientos, aconsejan dictar unas Instrucciones en orden a la adopción de unas medidas comunes que, salvaguardando las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, principalmente manifestadas en las Reales Ordenanzas, garanticen el cumplimiento de aquellos principios.

Primero.— Identificación de la unidad administrativa y funcionario

Sin perjuicio de las normas de seguridad, deberá observarse cuanto determina la Resolución de 3 de febrero de 1993, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la

que se define el sistema de identificación común del personal al servicio de la Administración General del Estado («Boletín Oficial del Estado» número 36, de 11 de febrero de 1993).

Segundo.— Registros

1. Las unidades, centros o dependencias ubicadas en un mismo Acuartelamiento o Establecimiento tendrán un registro general común en el que se realizarán las anotaciones en la forma determinada por el artículo 38 de la Ley 30/92. Se tenderá a suprimir aquellos otros registros de las unidades, centros o dependencias que dilaten innecesariamente la tramitación de los procedimientos.

Los asientos de solicitudes que se realicen en los registros de las unidades, centros o dependencias, deberán ser comunicados al registro general del Acuartelamiento o Establecimiento, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 30/92.

2. Se procurará la utilización de medios informáticos que permitan realizar los asientos con la celeridad suficiente para asegurar la remisión, en el mismo día, de los escritos y documentos que se registran al órgano administrativo competente para iniciar, instruir o, en su caso, resolver.

Deberá agilizarse las relaciones, remisiones y comunicaciones entre los diversos registros generales, y entre éstos y los de las unidades, centros o dependencias respectivas, al

objeto de que, asegurando su recepción, no se sufra demora en ella.

3. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros en la forma y con las limitaciones señaladas en los artículos 35, 37 y 38 de la Ley 30/92.

Tercero.— Solicitudes de iniciación

1. Las solicitudes del personal militar, así como las peticiones formuladas al amparo del derecho de petición, deberán ajustarse siempre a lo previsto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

2. Las solicitudes presentadas a partir de la entrada en vigor de la norma de procedimiento adecuada a la Ley 30/92 aplicable en cada caso o, en su defecto, después del 27 de agosto de 1993, deberán ser debidamente identificadas al objeto de que, durante toda su tramitación, puedan ser diferenciadas de aquellas otras formuladas con anterioridad a dichas fechas. A tal efecto, al registrarse la entrada de escritos o solicitudes, en estos se estampará un sello, con tinta de color verde, en el que figure la fecha de presentación.

3. De conformidad con lo previsto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, las solicitudes relacionadas con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo y material, con la instrucción y formación militar, y, en general aquellas otras vinculadas directamente con el servicio, deberán ser cursadas por el conducto militar reglamentario, a

cuyos efectos deberán presentarse ante el Jefe de la unidad, centro o dependencia.

4. Aquellas otras solicitudes, no incluidas en el apartado anterior, deberán ser dirigidas y directamente a la Autoridad competente para resolver.

No obstante, lo anterior, por los interesados podrá darse traslado de copia de su solicitud a los superiores jerárquicos, a los exclusivos efectos de puesta en conocimiento.

5. La remisión de los escritos y solicitudes a las Autoridades competentes se realizará, previa observancia de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios.

A estos efectos, podrá anticiparse la remisión de los originales mediante la utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, procediéndose de conformidad con el artículo 45.5 de la Ley 30/92.

6. Recibida la solicitud por el órgano al que se dirige el interesado, se procederá, en primer lugar, al análisis de su competencia para iniciar, instruir o resolver el procedimiento. Caso de no considerarse competente, la remitirá con carácter de urgencia al que tenga atribuida dicha competencia, según proceda.

En el supuesto de no apreciar indubitadamente la Autoridad competente, realizará las consultas pertinentes a la Asesoría Jurídica correspondiente, utilizando para ello el medio más rápido posible e incluso la

comunicación verbal, directa o telefónica. En el caso del órgano central del Ministerio de Defensa, tales consultas se formularan a la Secretaría General Técnica.

7. Por el órgano administrativo competente para iniciar o instruir el procedimiento se acumularán aquellas solicitudes que guarden identidad sustancial o íntima conexión, procediendo a su tramitación de manera conjunta.

Cuarto.- Ordenación e instrucción del procedimiento

1. La tramitación del procedimiento será ordenada sin retirar del expediente escrito, informe o documento alguno.

2. En aras a conseguir una uniformidad en los expedientes, los escritos, informes y documentos se unirán, de manera que todos ellos resulten fácilmente legibles, por orden cronológico, figurando el de mayor antigüedad al final.

Igualmente, todo procedimiento deberá encabezarse con una cubierta en la que, atendiendo a cuanto establece la norma de adecuación de procedimientos aplicable en cada caso, deberá, al menos, constar: su forma de inicio, de oficio o a instancia de persona interesada, haciéndose mención, en este último caso, al nombre del solicitante; sucinta expresión de la pretensión; la fecha de inicio del expediente; órgano competente para la instrucción; fecha máxima para dictar

resolución expresa; y, Autoridad competente para resolver.

3. Si fuese necesario algún escrito o documento del expediente, a efectos de constancia en los registros o archivos, se realizará un duplicado o fotocopia, pero, en ningún caso, se retirará el original, que siempre habrá de figurar en el procedimiento.

4. La petición de informes se realizará siempre atendiendo a cuanto se establece el artículo 83 de la Ley 30/92, y con expresa mención al plazo legal establecido al efecto. Cuando fuese necesaria la remisión del procedimiento para la evacuación del informe solicitado, el órgano competente para la instrucción deberá verificar previamente que en aquél se contienen todos los elementos necesarios para la emisión del informe, evitándose devoluciones con tal objeto.

5. Cuando la naturaleza del procedimiento lo permita, aquella petición de informes se hará por los órganos competentes de manera simultánea. En caso de no ser posible dicha simultaneidad, la solicitud de informes se realizará en un solo acto de impulso emitiéndose estos de forma sucesiva, sin que la evacuación de cada uno de ellos suponga una remisión al órgano de instrucción, la cual se efectuará por el último de los órganos requeridos para informe.

Quinto.— *Plazo para resolver*

1. El plazo máximo para resolver

las solicitudes que se formulen por los interesados será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso, fijándose en tres meses en los supuestos de que aquel procedimiento no lo determine expresamente.

2. Cuando el número de solicitudes que se tramitan impida razonablemente el cumplimiento del plazo previsto, el órgano competente para instruir o, en su caso, para resolver, pondrá razonadamente la ampliación del plazo, en término no superior al inicialmente establecido, al órgano que ha de resolver o al superior jerárquico, respectivamente.

3. Con independencia del supuesto anterior y salvo precepto en contrario, cuando las circunstancias lo aconsejen y no se perjudiquen derechos de terceros, podrá concederse, de oficio o a petición del interesado, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos.

4. Concedida la ampliación del plazo, se notificará al interesado el acuerdo motivado que se hubiese adoptado, con expresa indicación de que contra el mismo no cabe interponer recurso alguno.

Sexto.— *Certificaciones de actos presuntos*

1. Las certificaciones de actos presuntos deberán ser expedidas, siempre, por la autoridad con competencia para resolver el asunto a que se refiere el

acto que se certifica, sin posibilidad de delegación.

2. Con carácter previo a la emisión de la certificación de acto presunto, deberá siempre comprobarse que, efectivamente, ha transcurrido el plazo legal para resolver contado desde la fecha de inicio del procedimiento.

3. La solicitud de expedición de certificación de acto presunto no imposibilita el dictar resolución expresa durante los veinte días que, desde la fecha de solicitud de certificación, se establece como plazo para proporcionarla.

4. La certificación de acto presunto deberá contener, al menos, cuanto se determina en el artículo 44.3 de la Ley 30/92.

Séptimo.— *Resolución*

1. Las resoluciones expresas de procedimientos deberán ser dictadas por las autoridades competentes y con sujeción expresa a los artículos 54 y 55 de la Ley 30/92.

2. En los supuestos de actuar por delegación de otra autoridad, deberá observarse lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 30/92.

3. Cuando el número de resoluciones a dictar por una misma autoridad sea razonablemente elevado, podrá delegarse la firma, excepto en los supuestos de resoluciones o actos administrativos cuya competencia se ejerza, a su vez, por delegación, ni aquéllas otras dictadas en procedimientos sancionadores o disciplina-

rios, y siempre dentro de los límites señalados en el artículo 13 de la Ley 30/92.

4. Por la autoridad competente para resolver, atendiendo a la materia y naturaleza del procedimiento, su trascendencia e importancia, y siempre que la resolución adoptada se ajuste a algún informe motivado obrante en el expediente, no contradictorio con ningún otro, podrá hacerse uso de la fórmula del conforme, manifestándose éste en el mismo informe y con indicación, de manera explícita, que la conformidad se realiza por sus propios antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, así como, en el caso de no constar en el informe correspondiente, de los recursos procedentes, órgano ante el que debe interponerse y plazo para ello.

Octavo.— *Notificación*

1. Las notificaciones deberán ser cursadas en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, debiendo contener el texto íntegro de la resolución con indicación de si es o no definitiva en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para su interposición.

2. Las notificaciones se practicarán siempre por el órgano competente para instruir o, en su caso, para resolver, efectuándose la misma directamente, sin traslados a otros intermedios, al domicilio señalado por el inte-

resado en su escrito de solicitud o, lugar de destino, en el supuesto de los militares.

3. En todo caso, deberá siempre dejarse constancia en el procedimiento de la notificación efectuada y fecha de la misma.

Noveno.— *Recursos en vía administrativa.*

1. Contra los actos que no pongan fin a la vía administrativa y los de trámite que imposibiliten la continuación del procedimiento podrá interponerse recurso ordinario en el plazo de un mes.

2. El recurso ordinario podrá interponerse ante el mismo órgano que dictó el acto o ante el superior jerárquico, siendo siempre éste último el competente para su resolución.

En el supuesto de que el recurso fuese presentado ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente para su resolución en el plazo máximo de diez días, con su informe y copia completa y ordenada del expediente, de conformidad con el artículo 116 de la Ley 30/92.

3. Por el órgano ante el que se presente un recurso ordinario se hará constar al objeto de determinar su interposición dentro del plazo establecido, la fecha de su presentación.

4. En los supuestos en que el escrito de recurso ordinario se solicite la suspensión de la ejecución del acto impugnado, dicha petición deberá ser resuelta en el plazo de treinta días, a

partir de la fecha en que haya tenido entrada en el órgano competente para decidir sobre ella, teniéndose en cuenta que, transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, se entenderá suspendida la ejecución del acto recurrido sin necesidad de solicitar la certificación de acto presunto.

5. Los recursos ordinarios deberán resolverse en el plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual, desde su interposición, sin que recaiga resolución expresa, se podrá entender desestimado, salvo que la impugnación se refiera a actos presuntos desestimatorios, en cuyo caso se considerará estimado el recurso interpuesto.

Décimo.— *Recurso contencioso-administrativo.*

1. De conformidad con el artículo 110.3 de la Ley 30/92, la interposición de recurso contencioso-administrativo requiere la comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado, siendo exigible con carácter previo, por el órgano judicial correspondiente la acreditación de haberse efectuado aquella comunicación.

2. Por el órgano receptor de las comunicaciones a las que se refiere el apartado anterior se procederá a dar traslado de éstas mediante fotocopia, a la Asesoría Jurídica correspondiente. En el caso del órgano central del Ministerio de Defensa, dicho traslado se efectuará a la Subdirección General de Recursos e Información Administrativa.

3. De igual manera a la señalada en el apartado anterior, se procederá a la comunicación de las sentencias judiciales que se dicten en procedimientos de recurso contencioso-administrativo, efectuándose el traslado a la mayor brevedad posible al objeto de analizar la procedencia de la inter-

posición, en su caso del oportuno recurso.

Madrid, 18 de marzo de 1993.

El Secretario de Estado de Administración Militar.

Gustavo Suárez Pertierra

MINISTERIO DE DEFENSA

ORDEN 43/1993, de 21 de abril, sobre Régimen del Alumnado de los Centros docentes militares de formación.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, destina el capítulo V de su título IV al «Régimen del Alumnado» de los Centros docentes militares, y refiere la mayor parte de los artículos allí comprendidos a los alumnos de la enseñanza militar de formación.

Esta misma Ley, en su artículo 41.2 dispone que el Ministro de Defensa aprobará las normas generales que regulen el régimen interior de dichos Centros docentes; régimen interior

cuyos objetivos, cuando se trata de regularlo para los Centros docentes militares de formación, se recogen en el artículo 57.1 dentro del señalado capítulo V, título IV, de la propia Ley de 19 de julio de 1989.

La proyección del primero de estos dos preceptos legales sobre el mencionado capítulo V lleva, pues, a establecer, por medio de Orden, un Régimen del Alumnado para la enseñanza militar de formación que, inspirado en los aludidos principios, concierna a la condición militar de los alumnos de dicha enseñanza; a sus derechos y obligaciones; a su sometimiento a las leyes penales y disciplinarias militares, distinguiendo el quebrantamiento de estas últimas de las infracciones meramente académicas, tal como pres-

criben la propia Ley y la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, tras su reforma por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar; a la concesión de determinados empleos militares eventuales a tales alumnos; a las particularidades que atañen a quienes proceden de los sistemas de promoción interna; al régimen de vida y económico-asistencial, al horario o, vacaciones, permisos y licencias y otros aspectos de los alumnos en los Centros; a sus evaluaciones y calificaciones, y a la pérdida de su condición de alumnos.

En su virtud, y de acuerdo con lo que establecen los artículos 6 y 41.2 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y el número 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, dispongo:

Artículo único: Se aprueba el Régimen del Alumnado de los Centros docentes militares de formación, que se recoge en el anexo a esta Orden.

DISPOSICION ADICIONAL

Por lo que concierne a los alumnos de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, las referencias a los Directores de Enseñanza de los Ejércitos que hacen los artículos 6.º, 8.º, 9.º, 22, 24, 34, 37 y 41 del Régimen que aprueba la presente Orden, se

entenderán hechas al Subdirector general de Gestión Educativa de la Dirección General de Enseñanza del Ministerio de Defensa.

DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas, en lo que afecta al Régimen del Alumnado de los Centros docentes militares de formación, las siguientes disposiciones:

Orden de 17 de julio de 1945, del Ministerio del Aire, por la que se aprueba el Reglamento provisional para el Régimen Interior de la Academia General del Aire.

Orden de 21 de enero de 1946, del Ministerio del Ejército, por la que se aprueba, con carácter provisional, el proyecto de Reglamento para el Régimen Interior de las Academias Militares de las Armas de Infantería, Caballería, Artillería, Ingenieros y Cuerpo de Intendencia.

Orden de 30 de noviembre de 1955, del Ministerio del Ejército, por la que se aprueba el Reglamento Provisional para el Régimen Interior de la Academia General Militar.

Orden de 6 de diciembre de 1976, por la que se aprueba el Reglamento del Régimen Interior de los Centros de Formación de Oficiales de la Escala Especial del Ejército de Tierra.

Orden 1.236, de 13 de octubre de 1977, del Ministerio de Defensa, por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela de Suboficiales de la Armada.

Orden 179/1981, de 3 de diciembre, por la que se aprueba el Regla-

mento para el Funcionamiento de la Academia General Básica de Suboficiales del Ejército de Tierra.

2. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.— Se autoriza al Secretario de Estado de Administración Militar a dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo que establecen la presente Orden y el Régimen que aprueba.

Segunda.— La presente Orden y el Régimen que aprueba entrarán en vigor el día 1 de septiembre de 1993.

Madrid, 21 de abril de 1993.

García Vargas

ANEXO

Régimen del alumnado de los Centros docentes militares de formación

CAPITULO I

Normas generales

Artículo 1º *Condición del alumno.*

1. Son alumnos de los Centros docentes militares de formación quie-

nes ingresan en ellos conforme a los procedimientos establecidos y reciben el correspondiente nombramiento.

2. El nombramiento a que se refiere el apartado anterior se realizará por el Secretario de Estado de Administración Militar y habrá de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» cuando recaiga sobre quienes hayan ingresado por los sistemas de acceso directo, o en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», cuando recaiga sobre quienes hayan ingresado mediante los sistemas de promoción interna.

3. Quienes sean nombrados alumnos con los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán condición militar, y sin estar vinculados por una relación de servicios de carácter profesional, estarán sometidos al régimen de derechos y obligaciones que recoge el presente Régimen del Alumnado.

Artículo 2º *Empleos eventuales.*

1. Con carácter eventual y a efectos académicos, de prácticas y retributivos, el Director general de Enseñanza, en relación con los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, y los Mandos del Personal de los respectivos Ejércitos concederán a los alumnos de la enseñanza militar de formación los empleos de Alférez Alumno, Guardiamarina y Sargento Alumno, con arreglo a lo que establezcan al respecto los correspondientes planes de estudios.

2. Los alumnos de dicha enseñanza que tuvieran un empleo militar con

carácter previo al nombramiento a que se refiere el artículo anterior, conservarán los derechos administrativos inherentes a tal empleo y ostentarán los derechos económicos que legalmente les correspondan, si bien estarán sometidos al régimen escolar. Al ingresar en el Centro correspondiente pasarán a la situación de excedencia voluntaria en su Escala de origen o en su condición de militar de empleo.

Artículo 3° *Efectos del cumplimiento de los planes de estudios.*

1. La superación del correspondiente plan de estudios tendrá para los alumnos de la enseñanza militar de formación que la logren, los efectos a que se refieren los artículos 33, 53 y 63 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, y las disposiciones reglamentarias que los desarrollan, siempre y cuando dichos alumnos hayan cumplimentado los requisitos previos establecidos en tales artículos y disposiciones y demás normativa vigente.

2. Los alumnos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, al acceder a la nueva Escala causarán baja en la de origen o en la condición de militar de empleo, manteniendo los derechos derivados del tiempo de servicios efectivos que tuvieron cumplido. Su antigüedad en el empleo adquirido al acceder a la nueva Escala, se determinará a partir de la fecha de la resolución por la que se le confiere este último empleo.

CAPITULO II

Régimen general de los alumnos

Artículo 4° *Objetivos.*

El régimen general de los alumnos tendrá los siguientes objetivos:

a) Combinar la adaptación del alumno al régimen de vida militar y a las características propias de las Fuerzas Armadas, con su adecuada integración en la sociedad.

b) Fomentar el libre desarrollo de la personalidad y la propia iniciativa del alumno.

c) Integrar las relaciones de disciplina militar, con las propias del proceso de formación entre profesor y alumno.

d) Favorecer aquellas actividades del Centro que impulsen las relaciones externas de carácter educativo, cultural y deportivo, especialmente con los demás Centros docentes, y las que contribuyan al conocimiento social de la Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas.

Todo ello a fin de que los alumnos alcancen una sólida formación moral, militar e intelectual, un perfecto conocimiento de su profesión y una adecuada preparación física que les permita cumplir, como futuros militares profesionales, con la misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas.

Artículo 5° *Régimen de vida.*

1. Sin perjuicio de lo que estable-

ce el apartado 3 del presente artículo, los alumnos de los Centros docentes militares de formación estarán en régimen de internado desde su ingreso en ellos hasta su promoción a los empleos eventuales de Alférez Alumno, Guardiamarina o Sargento Alumno.

2. Los alumnos que hayan alcanzado alguno de los referidos empleos eventuales estarán sujetos a un régimen de externado que les permita residir, a su elección, dentro o fuera del Centro docente o alojamiento que se designe, sin perjuicio para el cumplimiento, en todo caso, de las obligaciones académicas y militares que les correspondan. El Director general de Enseñanza, previo informe de los respectivos Mandos de Personal de los Ejércitos, determinará las condiciones de dicho régimen.

3. Conforme a este mismo procedimiento, el Director general de Enseñanza podrá anticipar la aplicación del régimen de externado a todos o parte de los alumnos ingresados en los Centros docentes militares de formación mediante alguno de los sistemas de promoción interna o en virtud de lo establecido en el artículo 46.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

4. Con carácter general, los alumnos de los Centros docentes militares de formación podrán salir de ellos al concluir sus actividades diarias, sin perjuicio de las excepciones que impliquen el cumplimiento de las obligaciones militares que se les asigne y, en su caso, de su regreso al Centro de acuerdo con el régimen interior que rijan el funcionamiento de éste.

Artículo 6º *Horarios.*

1. Los horarios de los Centros se adaptarán a sus necesidades de enseñanza y funcionamiento, teniendo en cuenta, muy especialmente, las exigencias derivadas de la formación integral del alumno y de la instrucción y adiestramiento que debe recibir.

2. El régimen diario se fijará por las respectivas Direcciones de Enseñanza, a propuesta de los Directores de los Centros, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Las clases teórico-prácticas diarias no podrán ser más de seis en la enseñanza militar de formación de grados superior y medio y de siete en la de grado básico.

b) En general, el descanso nocturno no podrá ser inferior a ocho horas.

c) La duración de las enseñanzas teórico-prácticas, ejercicios de instrucción y adiestramiento y educación física, en las semanas dedicadas a actividades docentes programadas, no será superior a treinta horas en la enseñanza militar de formación de grados superior y medio y de treinta y cinco en la de grado básico.

d) Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, se reservará un mínimo de horas para la realización de actividades complementarias, de carácter voluntario u obligatorio. Cuando tenga este último carácter, el número de horas reservado no sobrepasará el de dos semanales.

e) Durante los períodos en que se desarrollen ejercicios, maniobras, cam-

pamentos, embarques, vuelos o actividades análogas, los anteriores criterios podrán variarse en función de las exigencias de la actividad a realizar.

Artículo 7º *Régimen económico y asistencial.*

1. Los alumnos recibirán las retribuciones reglamentariamente establecidas y las indemnizaciones por razón del servicio que pudieran corresponderles, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones vigentes.

2. Los alumnos recibirán también, el vestuario, equipo y material docente que prevean, y en las condiciones que señalen, las disposiciones referentes a estas materias.

3. Asimismo, los gastos derivados de su alimentación y alojamiento serán satisfechos con arreglo a las disposiciones correspondientes.

4. A los efectos del ejercicio de su derecho a las prestaciones asistenciales previstas en la legislación vigente y de uso de la tarjeta de identidad militar, los alumnos de la enseñanza militar de formación de grado superior y medio tendrán consideración de oficiales, y los de grado básico de la misma enseñanza, la de Suboficiales.

Artículo 8º *Vacaciones, permisos y licencias.*

1. Los alumnos de la enseñanza militar de formación disfrutará de los períodos vacacionales establecidos en sus respectivos planes de estudios y

obtendrán los permisos y licencias que, por causa de enfermedad u otros motivos justificados, se les concedan.

2. Los permisos o licencias por enfermedad u otros motivos justificados se concederán por plazo no superior a dos meses. Transcurrido dicho plazo, los interesados podrán obtener prórrogas sucesivas de igual duración máxima cada una. Tales permisos o licencias y sus prórrogas se concederán por el Director de Enseñanza respectivo.

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los Directores de los Centros podrán conceder permisos o licencias de duración igual o inferior a tres días. Además, cuando concurren razones de urgencia, podrán autorizar, por sí mismos, el comienzo de permisos o licencias de mayor duración, sin perjuicio de que el Director de Enseñanza correspondiente conceda o deniegue, en el menor plazo posible, el permiso o licencia de que se trate.

Artículo 9º *Uniformidad.*

1. De acuerdo con las disposiciones sobre uniformidad, los alumnos de los Centros docentes militares de formación vestirán el uniforme que, para cada acto, ordene la dirección del Centro.

2. Los alumnos a que se refiere el apartado 2 del artículo 2.º del presente Régimen del Alumnado, podrán usar las condecoraciones y distintivos a que tengan derecho, pero no las divi-

sas y emblemas de su empleo y cuerpo de procedencia.

3. Los Directores de Enseñanza de los Ejércitos determinarán cuándo podrán vestir de paisano los alumnos de los Centros docentes militares de formación, de acuerdo con lo que establece el artículo 2 de la Orden 34/1987, de 16 de junio.

Artículo 10° *Encuadramiento.*

1. Los alumnos de los Centros docentes militares de formación se encuadrarán en las unidades que determine la dirección del Centro, con los mandos que, en cada caso, correspondan.

2. Determinados alumnos podrán ser designados, por el Director del Centro, auxiliares directos de los mandos de las unidades en que estén encuadrados. En su caso, dichos alumnos recibirán las denominaciones y ostentarán los distintivos tradicionales en el Centro.

3. Con objeto de que se ejerciten en el mando, los alumnos podrán realizar funciones de este carácter, a medida que su formación militar lo permita.

Artículo 11° *Guardias y servicios.*

Los alumnos de los Centros docentes militares de formación llevarán a cabo las guardias y servicios que, de acuerdo con las necesidades de formación en la materia, instrucción y adiestramiento, fije la dirección del centro correspondiente.

CAPITULO III

Derechos y deberes de los alumnos

Artículo 12° *Derechos.*

Los alumnos de los centros docentes militares de formación son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, en las Reales Ordenanzas y en el resto del ordenamiento jurídico o que se deriven de lo dispuesto en el presente Régimen del Alumnado, sin otros límites en su ejercicio que los determinados en la propia Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en las Reales Ordenanzas y régimen general de las Fuerzas Armadas y en las leyes penales y disciplinarias militares.

Artículo 13° *Deberes.*

Los alumnos de los centros docentes militares de formación están obligados por los deberes establecidos en la Constitución, en las Reales Ordenanzas y en el resto del ordenamiento jurídico y sometidos al régimen general de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares y a lo dispuesto en el presente Régimen del Alumnado.

Artículo 14° *Obligaciones.*

1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación deberán conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en las Reales

Ordenanzas, tanto las de carácter general militar como las específicas de su Ejército y las propias de su condición de alumno militar.

2. Los alumnos de los centros docentes militares de formación observarán las reglas de disciplina y de respeto al orden jerárquico, características indispensables para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas.

3. Los alumnos de los centros docentes militares de formación, actuarán con lealtad y compañerismo como expresión de su voluntad de asumir solidariamente las exigencias de la defensa de España y del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

4. En el ámbito de los centros docentes militares de formación, la lealtad y el compañerismo entre los alumnos se afirman en su mutuo respeto al derecho al estudio y a los demás derechos y libertades de que son titulares, y en la obediencia a las órdenes de aquellos a quienes se haya atribuido algún cometido que implique capacidad de decidir.

Artículo 15º *Derechos académicos.*

Los alumnos de los centros docentes militares de formación, en virtud de su condición de alumnos, tendrán derecho a:

a) Recibir una enseñanza y formación investigadora, correlativas al grado de los estudios que cursen, de la

mayor calidad posible, que permita el desarrollo de sus capacidades intelectuales y físicas y que, estando abiertas a las opciones teóricas que, en su caso existan, les garanticen su autonomía intelectual y su formación integral.

b) Asistir a las actividades docentes del centro y a las prácticas que se realicen en otros lugares, así como a participar libremente en las demás actividades culturales, deportivas o religiosas que organice o concierte el centro, o que se les autorice a realizar, en orden a la plenitud de su formación.

c) Escoger, de acuerdo con los planes de estudios y valorando la información recibida de los tutores, las materias y asignaturas que estimen adecuadas para cumplir los currículum propios.

d) La evaluación objetiva de su rendimiento académico, con posibilidad de revisión e impugnación de la misma.

e) Recibir de los órganos de gobierno y administración del centro una adecuada información sobre el presente Régimen del Alumnado y demás normas de régimen interior y sobre aquellos otros aspectos militares, académicos, administrativos y económicos que les conciernan.

f) Utilizar las instalaciones y medios instrumentales que les proporcione el centro, de manera idónea y con arreglo a las normas establecidas al respecto, y a cuantas prestaciones asistenciales prevea la legislación que les sea aplicable.

g) Cualesquiera otros que se deriven del presente Régimen del Alumnado y demás disposiciones vigentes.

Artículo 16º Deberes académicos.

Son deberes de los alumnos de los centros docentes militares de formación, inherentes a su condición de alumnos:

a) Seguir las actividades docentes con diligencia y aprovechamiento y aplicarse, de igual modo, a las tareas de investigación que les correspondan.

b) Dedicarse a su propia formación y realizar el trabajo intelectual y físico que se espera de ellos.

c) Atender las orientaciones de los profesores y tutores respecto de su aprendizaje.

d) Participar activamente en las clases teóricas y prácticas, en la instrucción y adiestramiento y en las demás actividades orientadas a su formación.

e) Tomar parte en las actividades escolares de transmisión, adquisición y comprobación de los saberes, conocimientos, aptitudes y habilidades profesionales, procurando que se realicen de la forma más adecuada y con arreglo a las instrucciones recibidas.

f) Cooperar en la formación de sus compañeros, incluso mediante el empleo, en su caso, del ascendiente derivado de su antigüedad o experiencia.

g) Asumir, en el ámbito de las actividades complementarias, las responsabilidades que se les atribuyan o se

deriven de las situaciones a que se hayan comprometido.

h) Cooperar con los responsables, profesores y demás personal del centro, al logro de la mayor calidad y eficacia de la enseñanza.

i) Cualesquiera otros que, en relación con su condición de alumnos, se deriven del presente Régimen del Alumnado.

CAPITULO IV

De las infracciones de carácter académico

Artículo 17º Definición.

Se considerará infracción de carácter académico toda acción u omisión que, dolosa o imprudentemente, quebrante alguno de los deberes de este carácter señalados en el artículo 16 del presente Régimen del Alumnado y no constituya falta de disciplina ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación.

Artículo 18º Sanciones académicas.

1. En ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario.

2. Las infracciones de carácter académico se sancionarán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas, acompañadas de su motivación, serán siempre privadas.

Artículo 19° *Competencia y procedimiento para pronunciar amonestaciones verbales.*

1. Son competentes para pronunciar amonestaciones verbales los respectivos directores y jefes de estudios de los centros docentes militares de formación y, en relación con quienes sean sus alumnos, los profesores de tales centros y quienes tengan a su cargo la función de completar la formación de dichos alumnos en unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa.

2. Advertido por alguno de los anteriores un comportamiento infractor con arreglo al artículo 17 del presente Régimen del Alumnado, procederá de inmediato la amonestación verbal y pública de quien lo hubiera observado.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando atendidas la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, fuere viable pronunciar la amonestación de manera privada, se realizará de este modo con carácter inmediato o bien con posterioridad que no implique desvinculación con el comportamiento infractor, según el caso.

4. El profesorado civil de los centros docentes militares de formación, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al Jefe de Estudios, por el conducto establecido, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.

Artículo 20° *Competencia para dirigir amonestaciones escritas y casos en que proceden.*

1. Son competentes para dirigir amonestaciones escritas a los alumnos, los respectivos directores y jefes de estudios de los centros docentes militares de formación.

2. Las amonestaciones escritas se reservarán para casos de gravedad o contumacia en las infracciones académicas, que el Director o Jefe de Estudios conozcan por sí o a través de comunicación formal que les hagan quienes ostentan competencia para pronunciar las verbales.

Artículo 21° *Efectos de las amonestaciones.*

1. Las amonestaciones verbales agotarán sus efectos en la reconvencción en que consistan, salvo por lo que concierne a poder fundamentar amonestaciones escritas durante el mismo curso académico en que se hayan producido las orales.

2. Las amonestaciones escritas, en cambio, se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes personales de los alumnos con arreglo a lo que establece el apartado 3 del artículo 28 del presente Régimen del Alumnado, siempre y cuando dichos informes estén referidos al mismo curso académico en que se produjeron las amonestaciones escritas.

3. Excepto en lo que sea preciso para los efectos establecidos en los dos

apartados anteriores, no se realizarán anotaciones ni, por tanto, cancelaciones de las infracciones de carácter académico y de sus sanciones.

Las realizadas a tales efectos se cancelarán, en sus respectivos casos, cuando estos efectos se produzcan y, en todo caso, al inicio del siguiente curso académico al que se efectuaron o, si se trata del último, a su conclusión.

Artículo 22º *Reclamación frente a amonestaciones escritas.*

1. Los alumnos objeto de amonestación escrita dispondrán de un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de su recepción, para presentar ante el Director del centro correspondiente o, caso de ser éste quien la haya dirigido, para remitir al Director de Enseñanza respectivo, escrito de descargo en relación con los hechos y las circunstancias que la motivaron, y en solicitud de que no sea tomada en cuenta en el informe personal a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior. Al escrito de descargo se unirá copia de aquél mediante el cual se hubiera formulado, motivadamente, la amonestación de que se trata.

2. Antes de que dicho informe personal sea emitido, el Director del centro, o, en su caso, el Director de Enseñanza decidirá si procede o no acceder a lo solicitado de él y, seguidamente, lo comunicará a los interesados, sin que su resolución pueda ser objeto de ulterior reclamación.

CAPITULO V

Régimen disciplinario

Artículo 23º *Legislación aplicable.*

Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en los términos a que se refieren su disposición adicional tercera, el punto 7 de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar y el artículo 57.2 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, y con arreglo a los criterios que establece el artículo siguiente.

Artículo 24º *Criterios para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas a los alumnos de los centros docentes militares de formación.*

La aplicación de Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a los alumnos de los centros docentes militares de formación, se realizará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Se tomará en cuenta y, en su caso, se adecuará el texto de sus normas a la condición de alumnos de sus destinatarios inmediatos y al desarro-

llo de sus actividades en centros docentes militares y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando su formación.

Estas operaciones tomarán particularmente en consideración que no es aplicable la sanción de pérdida de destino y que las demás sanciones disciplinarias se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas, lo que deberá extenderse a las reclusiones y arrestos preventivos.

b) En relación con lo establecido en su artículo 19, tienen potestad para imponer sanciones a los alumnos de los centros docentes militares de formación, las autoridades a que se refieren los números 1, 2 y 3 de dicho artículo; en este último número se entenderán incluidos los Mandos y Jefes de Personal de los Ejércitos. Así mismo, y correlativamente a lo dispuesto en los números 4, 5, 6 y 7 del mismo artículo, ostentarán la señalada potestad: Los Directores de Enseñanza de los Ejércitos, los Directores de los centros docentes militares de formación y Jefes de Unidad, Centro u Organismos en que los alumnos estén completando su formación; los Jefes de Estudios de dichos centros docentes; y los Jefes de Unidad de Enseñanza o denominación equivalente.

En igual sentido, a las Autoridades y Mandos acabados de mencionar en cuanto comprendidos en los puntos 3, 4, 5, 6 y 7 del citado artículo 19, se entenderán también referidos, respec-

tivamente, los artículos 22, 23, 24, 25 y 26 de la propia Ley de Régimen Disciplinario.

El escalonamiento jerárquico a que se refiere su artículo 50 para la tramitación y resolución de recursos, será el señalado en el primer párrafo del presente apartado.

c) Sus artículos 10, 11, párrafo segundo, y 21, se entenderá que comprenden la sanción de baja en el centro docente militar, prevista expresamente en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. La potestad de imponer dicha sanción, como resultado de expediente disciplinario que se incoe por falta grave, corresponde al Secretario de Estado de Administración Militar; para esta imposición será preceptivo el informe del Director del centro correspondiente.

d) La sanción de baja en el centro docente militar de formación supone la pérdida de la condición de alumno de tal centro y la del empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual, pasando a la situación del servicio militar que le corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 100 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, y quedando los militares de empleo sujetos a su legislación específica. La sanción de baja en el centro docente militar, será recurrible ante el Ministro de Defensa.

e) Cuando la sanción sea la de baja en el centro docente militar, el

recurso contencioso-disciplinario militar a que se refiere su artículo 52, se interpondrá ante el Tribunal Militar Central, salvo que la resolución hubiese sido reformada en vía administrativa por el Ministro de Defensa, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales de la legislación procesal militar.

CAPITULO VI

Evaluación y calificaciones

Artículo 25° Disposiciones generales

1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación se sujetarán a las evaluaciones y calificaciones a que se refiere el artículo 58 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en el marco de la libertad de estudio y con las condiciones establecidas en dicha Ley, en el plan de estudios correspondiente, en el presente Régimen del Alumnado y en las demás disposiciones que las desarrollen y concreten.

2. Al objeto de conseguir una adecuada integración del alumno en los procesos de evaluación y de enseñanza y aprendizaje, los centros docentes militares de formación establecerán un sistema de tutorías, mediante el cual los alumnos sean atendidos por sus profesores y reciban asistencia y orientación, tanto académica como profesional.

Artículo 26° Definición de evaluación.

La evaluación es una actividad continuada; integrada en el proceso de enseñanza y aprendizaje; realizada, conforme a un modelo preestablecido, durante todo el período lectivo señalado en los respectivos planes de estudios; y destinada a verificar, con objetividad, si se alcanzan las finalidades de la enseñanza militar de formación y los fines formativos de las materias de enseñanza.

Artículo 27° Objetivos de la evaluación.

La evaluación que se aplicará en los centros docentes militares de formación responderá a los objetivos siguientes:

a) Verificar la eficacia de la enseñanza y proceder, en sus respectivos casos, a revisarla o a proponer su revisión.

b) Conocer en qué medida se alcanzan los objetivos previstos para cada materia y asignatura de los planes de estudio y contrastar su validez.

c) Proporcionar información a los profesores sobre los métodos didácticos empleados y su incidencia sobre los alumnos.

d) Orientar a los alumnos sobre su rendimiento académico y, en su caso, disponer lo necesario para realizar actividades particularizadas de recuperación.

e) Obtener una acertada califica-

ción del rendimiento académico de los alumnos, a través de la comprobación de sus conocimientos y aptitudes y de la apreciación de sus capacidades individuales para participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje.

f) Determinar, a través de los informes personales que se realicen al finalizar cada curso académico, el grado de cualidades, méritos y aptitudes propias del militar de carrera que alcanzan los alumnos, así como el de su competencia y forma de actuación profesionales.

g) Clasificar a los alumnos, con criterios objetivos, al finalizar cada curso académico o período de formación y, en el último, determinar, además, su orden de ingreso en el escalafón correspondiente.

Artículo 28º Proceso de evaluación de los alumnos.

La evaluación de los alumnos, en cuanto proceso continuo, integrado por una secuencia armónica de elementos que expresan unidad, relación e interdependencia, se compondrá de:

1. Calificaciones durante el curso: Sobre respectivas escalas de 0 a 10 puntos, estarán referidas, por una parte, a la comprobación de los conocimientos o aptitudes que adquiere cada alumno respecto de cada asignatura o materia de enseñanza y, por otra, a la medición, también individualizada y conforme a un modelo preestablecido, de la capacidad de los alumnos de participar en el proceso de enseñanza y

aprendizaje. Ambas permitirán orientar al alumno sobre el desarrollo de su formación intelectual y sobre su rendimiento escolar.

2. Calificación del rendimiento académico: Al concluir el período o curso correspondientes, cada alumno será calificado con una nota, producto de tomar en cuenta las calificaciones obtenidas en la comprobación de conocimientos y aptitudes adquiridos respecto de cada asignatura o materia de enseñanza y en la medición de sus capacidades.

3. Informe personal sobre el alumno: Es la calificación de unos conceptos predeterminados que permitan apreciar, a través de la observación del alumno a lo largo de su proceso de formación, sus cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesionales como futuro militar de carrera.

4. Clasificación final por curso: Se obtendrá de la integración ponderada de las calificaciones del rendimiento académico y de los informes personales.

5. Finalmente, en el último curso de la carrera, caso de ser aplicable, los alumnos serán clasificados siguiendo el sistema de tipificación de calificaciones descrito en el apartado 2 del artículo 58 de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

Artículo 29º Especificaciones de los planes de estudios en materia de evaluación.

Los planes de estudios, o las reso-

luciones que los concreten, fijarán los siguientes extremos:

a) El número máximo de pruebas, ordinarias y extraordinarias, que se conceden a los alumnos para superar cada asignatura o materia que no lo haya sido mediante la comprobación de conocimientos y aptitudes a que se refiere el apartado 1 del artículo 28 del presente Régimen del Alumnado. Asimismo, indicarán los momentos en que dichas pruebas deben celebrarse.

b) Las asignaturas o materias o el número de ellas cuya no superación implique la repetición, por una sola vez, del período o curso en que estén integradas y, en su caso, aquellas que, no habiendo sido superadas ni siquiera mediante las pruebas a que se refiere el apartado anterior, no son repetibles y, por tanto, dan lugar a la baja en el correspondiente centro.

c) El número máximo de períodos o cursos en que podrá superarse el plan de estudios, cuando dichos lapsos académicos hayan de repetirse por no superación de asignaturas o materias.

Artículo 30° *Información a los alumnos en orden a la evaluación.*

Con objeto de propiciar la adecuada aplicación del sistema de evaluación, se dará a conocer a los alumnos:

a) Al comienzo del curso académico, la organización del centro, la programación y horario de las actividades ordinarias y, en la medida de lo posible, de las extraordinarias; los planes y objetivos docentes y de inves-

tigación que les afecten; el programa de cada asignatura, con suficiente desarrollo temático e indicación de la adecuada bibliografía; los procedimientos de evaluación, los criterios generales a que se ajustarán las pruebas y el calendario previsto para realizarlas.

b) Con la antelación suficiente, los criterios de realización y corrección de cada una de las referidas pruebas y las fechas en que vayan a efectuarse, así como los unos y las otras de cualquier convocatoria de pruebas que les afecten.

c) Con anterioridad a incorporarlas a las actas oficiales, y a los alumnos que así lo soliciten, las calificaciones que hayan obtenido. Estas calificaciones se notificaran a todos los alumnos, individualmente, una vez realizada tal incorporación.

Artículo 31° *Superación y repetición de las asignaturas o materias de enseñanza.*

1. Se entenderá que un alumno ha superado una asignatura o materia cuando haya obtenido una calificación, respecto de ella, de 5 o más puntos, sobre la citada escala de puntuación de 0 a 10, como resultado de la comprobación continua de conocimientos y aptitudes a que se refiere el apartado 1 del artículo 28 o, en su defecto, de las pruebas ordinarias y extraordinarias previstas en el correspondiente plan de estudios o resoluciones que lo concreten.

2. La no superación de una o más asignaturas o materias implicará su repetición o, en sus respectivos casos, la repetición, por una sola vez, del período o curso en que se integren o la baja en el correspondiente centro docente militar.

Artículo 32° Condiciones particulares de las pruebas extraordinarias.

Los alumnos de los centros docentes militares de formación podrán optar por realizar ante Tribunal las pruebas correspondientes a la última de las convocatorias establecidas para superar cada asignatura o materia de enseñanza. En dicho acto se podrá practicar bien una prueba oral o bien la lectura de una prueba escrita.

En tal caso, los centros constituirán dicho Tribunal, que será nombrado por el Director del centro y estará compuesto por tres profesores de la materia de enseñanza en que se integre la asignatura de que se trate o, caso de no haberlos en este número, de las áreas de conocimiento que guarden mayor afinidad con aquella a que pertenece tal materia.

Cuando la personalización de la enseñanza y de la correspondiente prueba de evaluación exigida por una materia no haga viable el anterior procedimiento, el Director del centro designará el profesorado que habrá de realizar esta prueba y determinará la forma en que habrá de efectuarse.

Artículo 33° Superación y repetición del curso académico o período de formación.

1. Se entenderá que un alumno ha superado un período de formación o un curso académico, cuando haya superado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31, todas y cada una de las asignaturas y materias que se integran en dichos lapsos académicos.

Sin perjuicio de lo anterior, los alumnos podrán acceder al período o curso siguiente al que no hubieren superado, siempre que satisfagan las exigencias establecidas al respecto por los correspondientes planes de estudios, el presente Régimen del alumnado y las resoluciones que concreten unos y otros.

2. El alumno que repita un período o curso por cualquier causa, pasará a formar parte de la siguiente promoción con la calificación correspondiente bien a su ingreso en el centro o bien al último de estos lapsos académicos que haya superado.

Artículo 34° Incidencia de los permisos o licencias en la evaluación.

1. El alumno que, por causa de permisos o licencias o padecimiento de enfermedad no acompañada de unos y otras, no pudiera obtener al menos la mitad de los créditos asignados, durante el correspondiente período o curso, a una asignatura o materia, habrá de repetir ésta.

Tal repetición no disminuirá el

número máximo de pruebas establecidas con arreglo al apartado a) del artículo 29, y podrá suponer, en los términos que dispongan el respectivo plan de estudios o las resoluciones que lo concreten el aumento, en un período o curso, del número máximo de tales lapsos académicos establecido con arreglo al apartado c) del citado artículo 29.

Cuando el permiso, licencia o enfermedad fuere consecuencia de actos del servicio o de situaciones derivadas de él, podrá aumentarse en dos el número máximo de períodos o cursos a que hace referencia el párrafo precedente.

2. Cuando el alumno a que se refiere el número anterior, pudiere obtener la mitad o más de los créditos allí indicados, pero, no obstante, a juicio del respectivo Director de Enseñanza, previo informe del Director del centro correspondiente, no pudiere satisfacer los requisitos establecidos sobre la comprobación de conocimientos y aptitudes previstas en el apartado 1 del artículo 28 del presente Régimen del Alumnado, dispondrá, para superar las asignaturas o materias afectadas, de las mismas pruebas que se establecen con arreglo al párrafo a) del artículo 29.

Asimismo, el mencionado alumno quedará sujeto a los criterios de repetición de asignaturas o materias y de períodos o cursos, recogidos en el presente artículo.

Artículo 35° *No acreditación de aptitudes específicas.*

1. En relación con lo dispuesto en

el apartado 3 del anexo II de la Orden 60/1992, de 30 de julio, por la que se aprueban los planes de estudios para la enseñanza militar de formación de Grado Superior de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina, se observará lo siguiente:

a) Los alumnos que, a lo largo de cualquiera de los cursos que componen el plan de estudios respectivo, no acrediten poseer las aptitudes específicas que facultan para el ejercicio profesional en un determinado Cuerpo o en su Escala Superior, causarán baja en el correspondiente centro docente militar de formación.

b) Los alumnos a que se refiere el apartado anterior podrán tomar parte en ulteriores procesos selectivos de ingreso en los centros docentes militares, siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello y las aptitudes específicas de que carecen no sean, asimismo, exigibles en el nuevo Cuerpo, Escala o, en su caso, Especialidad Fundamental a que aspiren.

c) En la fase de concurso de los procesos selectivos a que pudieren presentarse los alumnos a que se refiere el apartado anterior, se valorarán, como méritos, el tiempo de permanencia en el centro docente militar del que procedan, el expediente académico y cualquier otro reconocimiento que, como militares, tengan acreditado.

d) Los alumnos citados en el apartado anterior, una vez ingresados en alguno de aquellos centros, podrán

solicitar las convalidaciones oportunas de los estudios ya realizados. A tal fin, se estará a lo que se establezcan los correspondientes planes de estudio y subsidiariamente a lo que, a otros efectos, dispone el apartado 1 de la disposición adicional segunda del citado Real Decreto 601/1992, de 5 de junio.

e) No obstante lo dispuesto en el apartado a) del presente artículo, los alumnos que no acrediten las aptitudes específicas allí indicadas a lo largo del tercer curso, podrán continuar sus estudios hasta la finalización de este curso, en cuyo momento causarán baja en el centro correspondiente.

f) De acuerdo con lo que establece el artículo 17.3 del Real Decreto 601/1992, de 5 de junio, si los alumnos a que se refiere el apartado anterior superan completamente los tres primeros cursos del respectivo plan de estudios, excepción hecha de aquellas pruebas concretas que implican la acreditación de las aptitudes específicas a que se refiere el apartado a) del presente artículo, podrán participar en los procesos selectivos de ingreso en los centros docentes que imparten la enseñanza militar de formación de grado medio, siempre y cuando las aptitudes específicas de que carecen no sean, asimismo, exigibles en la correspondiente Especialidad Fundamental de la Escala Media del Cuerpo de que se trate.

g) Los procesos de ingreso a que se refiere el apartado anterior se sujetarán a las condiciones particulares

que establece el artículo 17 del 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. A los alumnos que participen en los referidos procesos de ingreso, les será aplicable lo dispuesto en el apartado c) y, a los que superen con éxito, el apartado d) del presente artículo.

h) A los alumnos que, cursando cuarto o quinto cursos, no acrediten poseer las aptitudes específicas a que hace referencia el apartado a) del presente artículo, se les reconocerá igualmente los derechos que se establecen en los dos apartados anteriores.

2. Las consecuencias de la no acreditación de las aptitudes específicas de los alumnos de la enseñanza militar de formación de Grado Superior de otros Cuerpos y de la enseñanza militar de formación de los Grados Medio y Básico, se determinarán, caso de ser preciso, en sus respectivos planes de estudios o en las resoluciones que los concreten.

CAPITULO VII

Pérdida de la condición de alumno

Artículo 36º *Causas.*

1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación perderán su condición de tales al causar baja en dicho centros.

2. La baja de los alumnos en los centros docentes militares de formación se podrá producir por alguna de las siguientes causas:

a) A petición propia.

b) Por pérdida de aptitudes psicofísicas.

c) Por no superación de las pruebas correspondientes a las asignaturas y materias que integran los planes de estudios, conforme a las condiciones establecidas.

d) Por expediente disciplinario incoado por falta grave.

Artículo 37º Baja a petición propia.

Los alumnos que soliciten causar baja en un centro docente militar de formación, lo harán mediante instancia dirigida, a través del Director del centro, al Director de Enseñanza respectivo. La concesión de la baja a petición propia estará siempre sujeta a la no existencia de expediente disciplinario y no se concederá en tanto no hayan surtido efecto las eventuales consecuencias de dicho expediente.

Artículo 38º Baja por pérdida de aptitudes psicofísicas.

1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación se someterán a los reconocimientos médicos preceptivos, destinados a la comprobación de las aptitudes psico-

físicas que deben mantener durante su período de formación.

2. Las aptitudes psicofísicas a mantener por los alumnos durante su período de formación, serán las exigidas para su ingreso en el respectivo centro docente y las que, en su caso, determine el correspondiente plan de estudios.

3. Los alumnos de los centros docentes militares de formación que, durante su permanencia en ellos, perdieran las aptitudes psicofísicas a que se refiere el apartado anterior, serán propuestos por el Director del centro para causar baja en éste.

4. En caso de pérdida o merma transitorias de las aptitudes psicofísicas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 34 del presente Régimen del Alumnado.

Artículo 39º Baja por no superación de las pruebas correspondientes a las asignaturas y materias del plan de estudios.

Los alumnos de los centros docentes militares de formación que no superen, conforme a lo establecido y en los plazos previstos, las pruebas correspondientes a las asignaturas y materias que integran el respectivo plan de estudios y aquellas que impliquen la acreditación de las aptitudes específicas a que hace referencia el artículo 35 del presente Régimen del Alumnado, serán propuestos por el Director del centro para causar baja en éste.

Artículo 40° Baja por expediente disciplinario.

Los alumnos de los centros docentes militares de formación, causarán baja en ellos como consecuencia de expediente disciplinario que se les haya incoado, en los casos y de la forma que establecen los artículos 23 y 24 del presente Régimen del alumnado y la normativa disciplinaria aplicable en dichos centros.

Artículo 41° Procedimiento.

Sin perjuicio de lo que dispone para el supuesto a que se refiere el artículo anterior la normativa que en él se indica, el procedimiento para resolver la baja de los alumnos en los centros docentes militares de formación, será el siguiente:

a) Los directores de dichos centros remitirán al respectivo Director de Enseñanza la propuesta inicial de baja, acompañada de los documentos justificados pertinentes.

b) Los Directores de Enseñanza estimarán la procedencia de tramitar la baja y, en su caso, trasladarán, a través de su Mando Personal, el expediente al Director General de Enseñanza, incluyendo en él, además, las consideraciones u observaciones que estimen pertinentes, especialmente las relativas a la resolución que deba adoptarse.

c) El Director general de Enseñanza hará propuesta de resolución al

Secretario de Estado de Administración Militar, quien dictará la resolución definitiva, que se publicará en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».

d) La pérdida de la condición de alumno será definitiva a partir de la fecha de la publicación a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 42° Situación de los alumnos que causan baja.

La situación de quienes causen baja como alumnos en los centros docentes militares de formación, será la siguiente:

a) Al causar baja, perderán el empleo militar eventual que hubieran podido alcanzar y pasarán a la situación que les corresponda respecto del servicio militar salvo que previamente a su ingreso en el centro tuvieran algún empleo militar, en cuyo caso se reincorporarán con éste a su Escala de origen o, en relación con el compromiso contraído, a su condición como militar de empleo.

b) Tendrán derecho a las pensiones o indemnizaciones que les pudieran corresponder, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 52 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, dada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Antonio Mozo Seoane
Coronel Auditor
Profesor Titular de Derecho Administrativo

Sentencia 2/1993, de 14 de enero. Pleno (B.O.E. n° 37, 12 de febrero). Conflicto positivo de competencia 649/1986, planteado por el Gobierno vasco contra el Estado.

Materia: Orden 7/1986, de 27 de enero (Defensa), por la que se aprueba la normativa aplicable al transporte de mercancías peligrosas por carretera en vehículos de las Fuerzas Armadas.

Ponente: Sr. López Guerra.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El Gobierno vasco impugna los arts. 7 c) y 8 de la Orden 7/86, de 27 de enero, del Ministerio de Defensa, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera en vehículos de las FAS, por considerar que tales disposiciones invaden su competencia en materia de protección civil.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL (Extracto literal de los fundamentos jurídicos)

.....

3. La discrepancia al respecto entre las representaciones del Gobierno Vasco y del Gobierno de la Nación deriva de su contrapuesta definición de la materia sobre la que versa la normativa que se impugna. Para el Abogado

del Gobierno Vasco las disposiciones objeto de conflicto se refieren evidentemente a cuestiones relacionadas con la protección civil, como se deduce, tanto de los posibles riesgos que se quiere prevenir como de la remisión que se hace en el art. 8 de la Orden que se impugna a la Dirección General de Protección Civil como órgano encargado de elaborar el pertinente plan de actuación. Por el contrario, para el Abogado del Estado, la Orden de que se trata versa fundamentalmente sobre tráfico y seguridad vial, así como sobre materias relativas al funcionamiento de la Defensa, incidiendo sólo en forma eventual e indirecta sobre materias relativas a protección civil.

4. A efectos de decidir sobre la naturaleza de la materia a que se refiere la Orden impugnada, ha de recordarse que, como este Tribunal ha manifestado en repetidas ocasiones (así, SSTC 252/1988, 13/1989 o 153/1989, por citar sólo algunas), para llegar a una calificación competencial correcta debe apreciarse el objeto, contenido y, en su caso, finalidad de las disposiciones traídas al conflicto. En el presente caso, la Orden controvertida es desarrollo de la Disposición adicional del Real Decreto 1.723/1984, de 20 de junio, sobre Reglamento Nacional de Transporte de Mercancías Peligrosas. La peculiaridad de la norma que se impugna reside en que se refiere a un tipo específico de vehículos, los pertenecientes a las Fuerzas Armadas, que se someten en este aspecto (como los de las Fuerzas de Seguridad del Estado) a una normativa propia. La Orden en cuestión viene a regular las condiciones que deben reunir los conductores de determinados tipos de vehículos de las Fuerzas Armadas (arts. 1 a 3), las normas de circulación a seguir por tales vehículos (arts. 4 a 6), las normas para caso de accidente (arts. 7 a 11) y los permisos necesarios y los controles preceptivos que deben adoptarse por los vehículos de que se trata (arts. 12 a 15). Nos encontramos, pues, ante una norma que, en principio, se inscribe, en sus diversos aspectos, dentro de la regulación de la seguridad del tráfico y circulación de vehículos de motor, materia ésta que el art. 149.121 C.E. reserva a la competencia exclusiva del Estado.

La Comunidad Autónoma que plantea el conflicto sostiene que el transporte de mercancías peligrosas debe incluirse en el ámbito de la protección civil. Ahora bien, esa afirmación no resulta aceptable como fundamento de la competencia autonómica en el presente caso.

Como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, ésta debe entenderse como *protección física de las personas y de los bienes en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria en la que la seguridad y la vida de las personas puedan peligrar y sucumbir masivamente*. Y, de la consideración de los artículos que se cuestionan no cabe concluir que se refie-

ran a situaciones de ese tipo, como supuesto normal de su aplicación: pues la regulación que en ellos se contiene versa sobre eventualidades que no se asocian normalmente con la creación de riesgos catastróficos extraordinarios.

.....

6. Ciertamente no cabe excluir la posibilidad de que, en algún caso, un accidente o avería del tipo de que se trata dé lugar excepcionalmente a riesgos masivos o de índole catastrófica. Pero ello no aparece como el supuesto genérico de aplicación de la norma ni, por lo tanto, resultaría justificado reservar a la competencia autonómica la elaboración del plan de actuación de que se trata. Por otra parte, las normas impugnadas no impiden el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de protección civil, complementando la acción estatal. El art. 9 de la Orden impugnada viene en efecto a prever la existencia de situaciones de peligro que hagan necesario el concurso de medios u organismos civiles, y dispone al efecto que *el Gobierno Militar lo pondrá en conocimiento de la autoridad civil correspondiente, interesando la ayuda precisa*. Será en tales supuestos cuando —caso de efectivo riesgo masivo o catastrófico— podrán entrar en juego las eventuales competencias autonómicas sobre protección civil, de acuerdo con el reparto de atribuciones en esta materia, que, por tanto, no se ve afectada por las disposiciones que se impugnan.

Y ello sin perjuicio de la necesidad de coordinación y acción conjunta de los diversos servicios y Administraciones implicados, como ya pusimos de relieve en nuestra STC 133/1990, fundamento jurídico 9.º

III. FALLO

Declarar que pertenece al Estado la titularidad de la competencia controvertida.

Sentencia 11/1993, de 18 de enero. Sala Primera (B.O.E. núm. 37, de 12 de febrero).

Recurso de amparo 1100/1989.

Materia: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: interpretación rigorista de los requisitos procesales.

Ponente: Sr. Mendizábal Allende.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente supuesto se interpuso recurso de amparo contra las Resoluciones administrativas dictadas en el expediente disciplinario núm. 16/87 de la Zona Marítima de Canarias y contra el Auto del Tribunal Militar Central de 4 de abril de 1989, por vulneración del art. 24 de la Constitución. Según se dice en la demanda, el demandante en amparo, Cabo Primero Veterano Especialista-Sonarista de la Armada, fue objeto de un expediente disciplinario por supuesta comisión de una falta grave consistente en el abandono del puesto de guardia. Tras los correspondientes trámites se le impuso la sanción de un mes y un día de arresto. Contra las Resoluciones dictadas en el expediente disciplinario interpuso el actor recurso contencioso-disciplinario militar que fue admitido a trámite por providencia del Tribunal Militar Central de 14 de septiembre de 1988. Contra esta providencia —en la cual se le ponía de manifiesto el expediente en la Relatoría del Tribunal Militar Central— formuló el actor recurso de súplica solicitando el traslado de dicho expediente a una de las Salas de Las Palmas.

El recurso de súplica fue desestimado en Auto de 4 de abril de 1989 por el Tribunal Militar Central que además declaró caducado el recurso contencioso-disciplinario por no haberse presentado la demanda en el plazo legal.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

1. El recurso de amparo que ahora nos ocupa ha sido calificado como *mixto* por el Fiscal y no le faltan motivos para hacerlo si se presta atención a la súplica de la demanda, donde se mezclan pretensiones heterogéneas, las tres primeras —principal una y subsidiarias las otras— respecto de la vía administrativa y sólo la última con referencia a la judicial. Ahora bien, este carácter híbrido es más aparente que real y producto más de la impericia que de un planteamiento deliberado. En efecto, cualesquiera que hubieran podido ser los defectos o errores cometidos en el expediente disciplinario, resulta claro que su depuración había de hacerse en sede jurisdiccional y, una vez agotada ésta, en sus dos grados de instancia y casación, quedaría expedito y desbrozado el camino para llegar al Tribunal Constitucional, cuya actuación en amparo tiene naturaleza subsidiaria.

Así diseñado el esquema dialéctico, parece indiscutible que la indagación y el hallazgo del objeto propio del actual proceso despeja simultáneamente la incógnita que se refiere a otra objeción formal, causa de una eventual inadmisibilidad, consistente en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizados dentro de la vía judicial, exigido por el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica.

En tal línea discursiva no merece un prolijo y extenso esfuerzo argumental la conclusión de que el elemento objetivo en este proceso de amparo está constituido única y exclusivamente por el Auto que el 4 de abril de 1989 dictó el Tribunal Militar Central. Este no pone fin a la vía judicial, por no dar respuesta cumplida a la pretensión deducida contra el acto administrativo donde se impone una sanción al demandante entonces y ahora, pero impide la continuación del procedimiento contencioso-disciplinario, cuya caducidad declara. El itinerario seguido hasta ese momento es correcto sin duda alguna y en él se fueron agotando las sucesivas oportunidades de impugnación, primero en el seno de la propia Administración militar mediante el recurso de alzada ante el Jefe del Estado Mayor de la Armada y luego en el ámbito jurisdiccional castrense por la interposición del contencioso-disciplinario. A este, pues, han de reconducirse todos los problemas planteados en relación con el procedimiento sancionador respecto de la asistencia de Abogado y la admisibilidad de las pruebas propuestas, así como su incidencia sobre una eventual indefesión o sobre la presunción de inocencia que ampara a todo imputado.

Esos problemas componían el contenido propio del contencioso-disciplinario, que si se dejó caducar por inactividad imputable al demandante no podrían tener cabida aquí. El lugar idóneo para su enjuiciamiento hubiera sido la Sentencia que pusiera fin a los dos grados jurisdiccionales más arriba mencionados y sólo entonces cabría contemplarlos desde la perspectiva peculiar del amparo constitucional, siempre y en todo caso subsidiario, como se indicó también antes. Aquí pues, en la exigencia del agotamiento de la vía judicial, es donde hay que poner el énfasis. Aun cuando en principio, según argumenta el Abogado del Estado, contra el Auto impugnado aquí y ahora podía interponerse otro recurso de súplica ante el mismo Tribunal Militar Central (art. 92 c, L.J.C.A.), por contener un nuevo pronunciamiento (la declaración de caducidad) junto al rechazo de la súplica intentada frente a la providencia donde se ponían de manifiesto las actuaciones para formular demanda, no puede prosperar sin embargo la conclusión que se extrae de tal dato cierto.

En efecto, los recursos a cuya utilización alude el art. 44.1 a) LOTC, como presupuesto del proceso de amparo, no son todos los posibles o imaginables, sino sólo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente (STC 142/1992, por todas). En esa situación de perplejidad se colocó al demandante, Cabo Primero Veterano Especialista-Sonarista, lego en Derecho, que había preferido comparecer sin la asistencia de Abogado, opción que le permite la Ley reguladora del orden jurisdiccional en el cual actuaba, ya que en la notificación del Auto tantas veces invocado no se le indicó la viabilidad de una segunda súplica, ni de cualquier otro medio de impugnación. Junto

a tal omisión de ese contenido informativo que como garantía impone la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 284.4), incluso cuando se comparece con Procurador y Abogado, ambos juris-peritos, también puede inducir a confusión a una persona inexperta la norma procesal que veda la apelación respecto de los Autos que decidan recursos de súplica interpuestos contra providencias (art. 93.2 d, L.J.C.A.). En suma, los errores cometidos en este aspecto son imputables al órgano jurisdiccional castrense y no al interesado, que se limitó a quedarse quieto como se le indicaba en la notificación y acudir luego como último remedio al amparo constitucional. Ha de considerarse cumplido, pues, el presupuesto procesal que configura el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica.

2. Una vez desechados los obstáculos formales, quedan en pie las dos cuestiones que componen la sustancia de esta controversia; una la pertinencia de la petición para que las actuaciones fueran puestas de manifiesto en Las Palmas, donde tiene su domicilio el demandante, y otro la adecuación al caso de la caducidad declarada al mismo tiempo que se negaba aquella posibilidad.

Ambas se refieren a los dos pronunciamientos contenidos en el Auto objeto de impugnación ahora. En relación con el primero de ellos conviene, ante todo, traer aquí el texto legal aplicable. Así como en el procedimiento ordinario se entrega el expediente administrativo a las partes para formular la demanda y la contestación, dentro del procedimiento específico en materia de personal se le pone de manifiesto al demandante, como principio, con posibilidad de entrega si comparece representado por Procurador o Abogado (arts. 67.1, 68.1 y 114.2 y 3 L.J.C.A.). El lugar de la actividad es la sede de la Sala y concretamente la oficina judicial o Secretaría, la Relatoría del Tribunal Militar Central en este caso.

Es evidente que la Ley tampoco prohíbe cualquier otra solución al respecto y que las normas jurídicas han de ser interpretadas en el contexto social del tiempo en que hayan de ser aplicadas (Código Civil, art. 3.1.), con el apoyo que brinda el progreso tecnológico. En tal sentido se entrelazan algunos aspectos de la cuestión que perteneciendo en principio al ámbito de la legalidad, adquieren relevancia constitucional en un planteamiento más profundo. Efectivamente, el interesado, cuya graduación o rango han quedado dichos más arriba, hubiera debido interponer el recurso contencioso-disciplinario ante el Consejo Supremo de Justicia Militar (sic), según le indicó al serle notificada la resolución desestimatoria de la alzada (24 de febrero de 1988) contra la que había impuesto la sanción, aun cuando lo hizo en el Tribunal Militar Central, cuya competencia al respecto es más que dudosa. En este orden, se le asigna el conocimiento de los *recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por... los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército*, mientras que los Tribunales Militares

Territoriales conocen de los demás (arts. 34.7 y 45.6 de la L.O. 4/1987, L.O.J.U.). Aquí se encuadra este supuesto, si se recuerda que la Resolución del Comandante general de la Zona (15 de diciembre de 1987) fue confirmada íntegramente por la Autoridad naval superior en vía de recurso.

Pues bien, esta perspectiva, nunca contemplada por el Tribunal Militar Central, al cual fue dirigido el interesado por una errónea notificación, converge con la estrictamente formal e instrumental que afectaba al puro desarrollo del procesamiento. La competencia objetiva, que es improrrogable, puede y debe ser examinada motu proprio por el órgano jurisdiccional ante quien se plantee cualquier pretensión, ya que se trata de un presupuesto procesal no dejado al poder dispositivo de las partes (art. 8 L.J.C.A.). No lo hizo así el Central Militar en el momento de la admisión, como autoriza la Ley reguladora de este orden jurisdiccional (art. 62.1 a,) ni luego cuando se le pidió que el expediente fuera puesto de manifiesto en Las Palmas. Esta petición era razonable y atendible con el auxilio de los medios técnicos de que se dispone en nuestros días. En una ponderación pragmática resultaba evidentemente más fácil hacerlo así que exigir el desplazamiento del interesado. Efectivamente, aun cuando éste sea posible y rápido por vía aérea, impone una carga económica muy gravosa en relación con el nivel de remuneraciones de un Cabo Primero.

En el sentido expuesto más arriba se manifiesta nuestra STC 190/1990, donde se enjuicia un caso que guarda alguna semejanza con este que aquí nos ocupa.

Por otra parte, no sólo era posible la remisión del expediente original bajo custodia y con las garantías necesarias, sino que cabía la entrega por fotocopia autenticada, siguiendo el ejemplo que brinda el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incluso la utilización de otros medios de implantación reciente como el fax, haciendo compatible la buena marcha del procedimiento y la flexibilidad adecuada para facilitar al interesado la defensa en juicio de sus derechos. La negativa de la Relatoría a hacerlo así no puede calificarse como razonable o proporcionada al caso, sino como rutinaria y apegada a la letra pequeña de la norma, sin trascender su significado, su función y, en definitiva, su finalidad.

La anulación de ese pronunciamiento conlleva necesariamente la nulidad de la declaración de caducidad del proceso, cuya base no era otra sino la carencia de eficacia suspensiva del recurso se súplica y su falta de virtualidad por ello para interrumpir, en este supuesto, el plazo de formulación de la demanda. La Ley así lo establece aun cuando el rigor de la letra pueda ser siempre vivificado por el espíritu que la inspira, humanizando su aplicación y, por ello, ajustándola a la medida del hombre. La última faceta de este planteamiento distorsionado, abocado a la indefensión del ciudadano, ha sido ya aludida más arri-

ba y consistió en la omisión de la carga informativa, que es un añadido necesario a la notificación del Auto impugnado, donde no se le indicó al interesado la posibilidad de formular una segunda súplica contra el pronunciamiento nuevo —la caducidad—. En definitiva se menoscabó así y se hizo imposible la tutela judicial garantizada constitucionalmente, cuyo contenido normal es conseguir una resolución sobre el fondo, por cuya razón las causas de inadmisibilidad de la pretensión, con un sustrato formal, han de ser utilizadas con un criterio que evite la caída en el formalismo, perversión de la forma si esta se entiende como garantía, que no otra es su finalidad y su función.

III. FALLO

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Felipe Rodríguez de Castro, y en consecuencia,

1.º Reconocer al demandante su derecho a la tutela judicial efectiva.

2.º Declarar la nulidad del Auto del Tribunal Militar Central, de 4 de abril de 1989, dictado en el recurso contencioso-disciplinario núm. 21/88.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar el referido Auto, a fin de que el Tribunal Militar Central prosiga la tramitación del citado recurso.

Sentencia 37/1993, de 8 de febrero. Sala Primera (B.O.E. núm 60, de 11 de marzo).

Recurso de amparo 288/1990.

Materia: Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: omisión del necesario ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado.

Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Como consecuencia del fallecimiento del soldado Jorge Montesinos Robles, hijo del demandante, en el curso de unas maniobras militares, se incoaron diligencias previas por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 44 (Valladolid). Mediante Auto de 6 de septiembre de 1989, y entendiendo que tal fallecimiento se había debido a causas naturales, sin que el mismo se pudiera imputar al

proceder doloso e imprudente de persona alguna, dicho Juzgado acordó el archivo de aquellas diligencias, ordenando que ello se notificase a los padres del fallecido y haciéndoles saber que cabía la interposición de recurso de apelación.

Don Emilio Montesinos formuló, en efecto, el meritado recurso, interesando la práctica de determinadas diligencias. Por Auto del siguiente 24 de noviembre, la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, con sede en La Coruña, acordó desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución del Juez Togado.

Según el Tribunal, en la instrucción *se acreditó fehacientemente que la muerte del soldado... se produjo por causas naturales, no consiguiendo desvirtuar los argumentos reflejados en el presente recurso las pruebas practicadas y que agotaron la instrucción del procedimiento.*

Contra la anterior decisión el señor Montesinos interpuso recurso de súplica, el cual fue desestimado mediante Auto de 26 de diciembre de 1989.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL (Extracto literal de los fundamentos jurídicos)

1. La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste en determinar si en el procedimiento decidido por el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial núm. 4 (de La Coruña) de 26 de diciembre de 1989, recaído en las diligencias previas núm. 44/19/89 del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 44 (de Valladolid), han sido infringidos los derechos constitucionales a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.), y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 C.E.). Por tanto, aun cuando el recurso de amparo se dirige formalmente frente a dicho Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial núm. 4, ha de entenderse que éste se dirige también contra el Auto del mismo Organismo judicial de 24 de noviembre de 1989, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Togado Militar núm. 44, de 6 de septiembre de 1989, y contra éste último, por ser el que da origen a este proceso constitucional.

.....

3. Es doctrina reiterada de este Tribunal que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso.

En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 C.E.) y por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad.

Es cierto que este *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues también este Tribunal tiene declarado la legitimidad tanto de los autos de inadmisión de la *notitia criminis*, los cuales pueden dictarse *inaudita parte*, como los de sobreseimiento, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989 y 191/1992, entre otras).

A la anterior doctrina, no se opone, sin embargo, la de que, una vez dispuesta la apertura de una instrucción penal, haya de otorgarse al ofendido por el delito la posibilidad de comparecer y de mostrarse parte en la instrucción penal, ya incoada. En nuestro ordenamiento procesal dicha posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela por el ofendido se garantiza permitiendo su comparecencia como parte acusadora en una instrucción en curso y, sobre todo, mediante el denominado *ofrecimiento de acciones* o llamada del Juez de Instrucción al ofendido a la causa a fin de que manifieste si desea o no sostener la pretensión penal.

En la Ley Procesal Militar dicho ofrecimiento de acciones se establece en los arts. 141 y 127, *in fine*, en cuya virtud viene el Juez Togado Militar obligado a indagar, en las diligencias previas, quien sea el perjudicado u ofendido por el delito, comunicándole su incoación a fin de que pueda ejercitar la denominada acción penal adhesiva y efectuarle, en cualquier caso, el ofrecimiento de acciones, sin que del tenor de ambos preceptos pueda desprenderse como afirma el Abogado del Estado, una supuesta naturaleza pre-procesal de las diligencias previas que permitiría eludir la llamada a la causa del ofendido. Antes al contrario, dichas diligencias forman parte de la fase instructora, por lo que, una vez dispuesta su incoación, hay que prestarle declaración al ofendido y efectuarle el ofrecimiento de acciones con anterioridad a cualquier auto de archivo o de sobreseimiento, pues en cualquier otro caso, se ha de producir el sacrificio del derecho a la tutela y, con él el del principio de legalidad, que en nuestro ordenamiento no es confiado al Ministerio Público en régimen de monopolio (STC 108/1983 y 206/1992).

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso ha de llevarnos a la estimación del amparo, pues del examen de las actuaciones se deduce que en las diligencias previas, incoadas por providencia del Juzgado Togado de 29

de mayo de 1989, el Juzgado Togado omitió efectuar al ofendido o perjudicado el necesario ofrecimiento de acciones. Las diligencias previas se realizaron, pues, sin que el perjudicado hubiera tenido posibilidad alguna de comparecer en ellas y solicitar la práctica de diligencias dirigidas a determinar el hecho punible y la participación de su autor. Notificado el Auto de archivo, el perjudicado reaccionó mediante la interposición de los recursos oportunos en los que solicitó su revocación en orden a ser tenido como parte acusadora.

El Tribunal Territorial desestimó dicha petición en las resoluciones de los recursos de apelación y súplica, que se limitaron a confirmar el Auto de archivo, recurrido, por lo que, al impedir la entrada en la instrucción del recurrente, infringió el derecho a la tutela del art. 24.1 C.E.

III. FALLO

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.
- 2.º Anular los Autos del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 44, de 6 de septiembre de 1989, y del Tribunal Militar Territorial núm. 4, de 24 de noviembre y 26 de diciembre de 1989, a fin de que por el Juzgado Togado Militar se disponga la reapertura de las diligencias previas 44/19/89 del referido Juzgado Togado Militar y se efectúe el oportuno ofrecimiento de acciones al recurrente.

Sentencia 39/1993, de 8 de febrero. Sala Segunda (B.O.E. n.º 60, de 11 de marzo).

Recurso de amparo 717/1990.

Materia: Falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial.

Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El solicitante de amparo, Brigada de la Guardia Civil, en situación de retirado por inutilidad física, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, de 11 de noviembre de 1987, y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada formulado ante el Ministro de Defensa.

Por sentencia de 30 de noviembre de 1989, se estimó en parte el recurso, desestimándose la petición de abono de los complementos de *responsabilidad policial* y de *singular dedicación*.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL (Extracto literal de los fundamentos jurídicos)

.....

2. La exigencia de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial es un corolario del carácter último y subsidiario del amparo, y por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado, por su carácter y naturaleza, para tutelar el derecho fundamental o libertad que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir a la vía de amparo constitucional.

Este Tribunal ha declarado de manera reiterada, en relación con el recurso de revisión en el orden contencioso-administrativo, que, por su carácter extraordinario, tiene un ámbito limitado y sólo puede interponerse por causas tasadas, siendo exigible solamente, a los efectos del art. 44.1 LOTC, cuando la vulneración que se plantea ante el Tribunal Constitucional por el demandante en amparo hubiera podido examinarse en el recurso de revisión por coincidir con alguno de los motivos tasados que dan lugar al mismo (SSTC 61/1983, 93/1984, 168/1987, 115/1989, 204/1990 y 50/1991, y ATC 215/1984).

El apartado b) del art. 102 de la L.J.C.A., en la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, establece como uno de los motivos del recurso de revisión contra las Sentencias firmes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales —actualmente hay que entender Tribunales Superiores de Justicia—, el hecho de haberse dictado por las diferentes Salas resoluciones contrarias entre sí o con Sentencias del Tribunal Supremo «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos».

Pues bien, precisamente el derecho fundamental que aquí se denuncia como vulnerado, es el de igualdad en la aplicación de la Ley, al existir Sentencias contradictorias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo sobre supuestos idénticos, por lo que el recurrente tenía que haber formulado el recurso de revisión fundado en el citado art. 102, b) de la L.J.C.A. para dar oportunidad a los órganos judiciales de reparar la supuesta lesión del derecho fundamental.

No exime de la obligación de interponer el recurso extraordinario de revisión a efectos de entender agotada la vía judicial previa al amparo constitucional, el

argumento aducido por el demandante de que no se le comunicó por el órgano judicial la posibilidad de interponer el citado recurso. Ante todo, porque como hemos manifestado en la STC 155/1991, y en igual sentido, en la STC 203/1991, *la indicación de los recursos, preceptiva según el art. 248.4 L.O.P.J., no constituye una prueba del contenido decisorio de la resolución notificada, sino una información al interesado quien lógicamente no está obligado a seguirla si entiende que existe otro recurso procedente*. Pero es que, además, en el caso que nos ocupa, la indicación dada en la Sentencia impugnada de que contra la misma no cabía *recurso ordinario alguno*, es correcta, pues hemos dicho, el recurso de revisión, tiene naturaleza extraordinaria, y, por otra parte, estando el demandante asistido de Abogado, éste sabía o debía saber que si, como se aduce, existía contradicción de la Sentencia impugnada con otras anteriores recaídas en supuestos de hecho idénticos, cabía interponer el mencionado recurso, y el no haberlo hecho se debe a una falta de diligencia imputable exclusivamente a él y no al órgano judicial.

Por consiguiente, apreciándole la existencia de un defecto procesal de carácter insubsanable en la demanda de amparo, consistente en no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], debe desestimarse el recurso.

III. FALLO

Denegar el amparo solicitado

Sentencia 97/1993, de 22 de marzo. Sala Primera (B.O.E. núm. 100, de 27 de abril)

Recurso de amparo 323/1990.

Materia: Derecho a la tutela judicial efectiva: límites del control judicial de la actividad administrativa.

Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente caso se interpone recurso de amparo frente a la Sentencia de 30 de noviembre de 1989 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1.248/85 promovido contra la Resolución de 14 de junio de 1985 del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Cuartel General de la Armada desestimatoria de recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 5 de febrero de 1985, dictada de acuerdo con la de 30 de enero de 1985 de la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, denegatoria de la condición de personal profesional y permanente. Invoca los derechos de no indefensión (art. 24.1 C.E.) y de presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL (Extracto literal de los fundamentos jurídicos)

.....

2. La Sentencia impugnada motivó la desestimación del recurso contencioso-administrativo de la siguiente manera. El recurrente impugnaba, entre otras cosas, su desconocimiento previo de los informes personales negativos emitidos sobre él. Estos informes figuran en el proceso y fueron conocidos por el Tribunal a través de un certificado en extracto de los mismos, dando ocasión al recurrente de alegar sobre la existencia y alcance de los mismos. El Tribunal estimó que en apreciación conjunta de todos los datos y con base en la denominada discrecionalidad técnica del órgano de selección, la Junta había excluido legalmente al recurrente, lo que no era revisable por el Tribunal.

Ciertamente este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria el art. 24.1 C.E., es decir, como dijimos en la STC 39/1993, fundamento jurídico. 4.º, que sin ignorar los esfuerzos para el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales.

Así pues, ningún reproche cabe hacer a que la selección de los Cabos Primeros Especialistas de la Armada que hayan de adquirir la condición de militares profesionales permanentes se haga por un órgano técnico que puede discrecionalmente apreciar la capacitación y demás aptitudes pertinentes de los solicitantes. Ni tampoco cabe desde el punto de vista del art. 24.1 de la C.E. hacer cen-

sura alguna a que el control judicial de la actividad administrativa no alcance la revisión de lo que propiamente sea discrecionalidad técnica, pues otra cosa más que un control de legalidad supondría la superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico.

3. Desde luego, la discrecionalidad técnica es compatible con la exigencia de una base fáctica, ya que el juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante, ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o inaptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico, debe ser comprobada por el órgano judicial. Pero tal comprobación se ha hecho en el presente caso.

Según el art. 97 del Reglamento de Especialistas de la Armada, la Junta de Clasificación, para su tarea, dispone de una serie de fuentes de información, preceptivas y potestativas. Y lo cierto es que, como razona la Sentencia impugnada, la exclusión del recurrente en amparo se hizo sobre la base de los informes personales emitidos sobre él, sin que el recurrente alegue que se haya tenido en cuenta datos o elementos cuya apreciación pudiera ser en sí misma discriminatoria o atentatoria de un derecho fundamental.

No compete a este Tribunal emitir dicho juicio alguno sobre dichos informes personales, pues dicho juicio se sitúa en el plano de la legalidad ordinaria ajeno al amparo constitucional, y constatado que el motivo por el que el órgano judicial desestimó la pretensión del recurrente es que la Junta de Clasificación había rechazado su solicitud porque los informes personales eran negativos en algunos conceptos, no puede realmente aceptarse que se haya desconocido su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues el órgano judicial ha comprobado que la suficiente base fáctica sobre la que se asentó el juicio discrecional del órgano técnico existía en este caso, y cualquier otro aspecto de la cuestión debe reputarse ajeno a esta sede.

III. FALLO

Desestimar el presente recurso de amparo.

Sentencia 112/1993, de 29 de marzo. Sala Primera (B.O.E. núm. 107, de 5 de mayo.).

Recurso de Amparo 611/1990

Materia: Derecho a la tutela judicial e indefensión: principio de contradicción.

Ponente: Sr. Cruz Villalón.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los recurrentes, Tenientes de Navío, interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Defensa, de 10 de junio de 1988, que desestimó una petición de indemnización por residencia eventual con motivo de la celebración de un determinado curso de formación, *por tratarse de una mera reproducción de peticiones anteriores, que fueron resueltas por un acto administrativo ya firme, se rechazan de entrada las solicitudes, sin entrar en el fondo de las mismas...*

En su escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado opuso la causa de inadmisibilidad del art. 82 c), en relación con el art. 40 a), de la Ley Jurisdiccional, al ser el acto impugnado reproducción de otros anteriores consentidos y firmes por no haberse recurrido en tiempo y forma. En su Sentencia núm. 384, del 17 de noviembre de 1989, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acogió la pretensión del representante de la Administración y declaró inadmisibile el recurso. Según el citado órgano judicial, *los recurrentes, durante el mes de noviembre de 1985 solicitaron la indemnización por residencia eventual en razón del curso para el que habían sido admitidos a celebrar en la Escuela de Estudios Superiores de Madrid, siéndoles denegadas dichas solicitudes por resoluciones que se les notifica personalmente durante el mes de diciembre de 1985, como ellos mismos reconocen, volviendo a solicitar de nuevo la mencionada indemnización por escritos de 23 de junio de 1987. Es claro que han pasado en exceso los plazos legalmente establecidos para impugnar la denegación de la solicitud realizada en noviembre de 1985... Por tanto, nos encontramos ante un acto consentido y firme, no susceptible de impugnación del art. 40 a) de la Ley Jurisdiccional... (Fundamento de Derecho tercero).*

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

(Extracto literal de los fundamentos jurídicos)

.....

3. ...

La Resolución de Almirante Jefe del Departamento de Personal, de 10 de junio de 1988, que es el acto objeto del recurso contencioso-administrativo, establece con absoluta claridad y de forma terminante, que los expedientes se devuelven a los interesados *por tratarse de una mera reproducción de peticiones ante-*

riores, que fueron resueltas por un acto administrativo ya firme, se rechazan de entrada las actuales solicitudes, sin entrar en el fondo de las mismas.

Resulta por tanto indudable que los recurrentes conocían en el momento de interposición del recurso el motivo de inadmisibilidad que posteriormente fue meramente reiterado por la contestación a la demanda del Abogado del Estado, a diferencia de lo que ocurría en los recursos anteriormente citados en los que la excepción fue introducida *ex novo* en la contestación a la demanda, de forma que tuvieron oportunidad para alegar lo que considerasen pertinente en torno a la causa de inadmisión prevista en el art. 40 a) de la L.J.C.A.

Por razones difíciles de determinar, pero en cualquier caso sólo achacables a los propios recurrentes, el escrito de formalización de la demanda, presentado el 9 de diciembre de 1988, no contiene ni la más mínima alusión a la citada causa de inadmisión que los recurrentes no podían desconocer en cuanto era la *ratio decidendi* del recurso administrativo limitándose a esgrimir una serie de argumentos en torno a la procedencia legal de que se les otorgase la indemnización correspondiente a la *residencia eventual* y no a la de *residencia por razón del servicio*.

En forma alguna cabe, pues, considerar que la actuación judicial haya producido indefensión a los recurrentes al impedirles la contradicción, ya que, como es reiterada jurisprudencia de este Tribunal (entre otras, SSTC 42/1989 y 101/1989) *la indefensión que prohíbe el art. 24.1 de la CE es aquella que tiene su origen directo e inmediato en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidas de su ámbito protector las debidas a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defienden*. No se puede derivar de ningún precepto constitucional un supuesto derecho a un nuevo trámite procesal inexistente en la Ley para introducir razonamientos y fundamentaciones que debieron formar parte del escrito de formalización de la demanda, ni se puede concluir que una decisión judicial que no otorga algo, por otra parte no pedido (ya que resulta igualmente acreditado que se dio traslado de la contestación de la demanda del Abogado del Estado a los recurrentes el día 3 de mayo de 1989, sin que éstos, en el plazo de seis meses que medió hasta la Sentencia, ni siquiera intentaran realizar nuevas alegaciones en torno a la concurrencia de la causa de inadmisión) vulnere el art. 24 C.E.

III. FALLO

Desestimar el presente recurso de amparo

JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

Nota de la Redacción

La selección de jurisprudencia, limitada a la del Tribunal Supremo (Sala Quinta de lo Militar), ha sido recogida del Boletín Judicial Militar, que incluye además algunas resoluciones judiciales del Tribunal Militar Central y Territorial (1).

El período considerado concluye a fines de junio de 1993, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando los de julio y sucesivos para el próximo número de la REDEM aunque estén ya publicados en el número 7 del citado Boletín.

Los índices alfabéticos responden a igual criterio cronológico.

(1) B.J.M.: Boletín Judicial Militar. Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa. Centro de Publicaciones.

JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

Sala 5ª de lo Militar del Tribunal Supremo

INDICE ALFABETICO

Abandono de destino: STS 17/93.

Abandono de servicio de armas: STS 9/93.

Abandono puesto para cumplimiento condena: STS 15/93.

Acta de la Vista del Juicio Oral: STS 4/93; ATS 3/93.

Acto de servicio de armas: concepto STS 14/93.

Atenuantes:

Arrebató: STS 12/93.

Enajenación mental: STS 7/93.

Obcecación: STS 12/93.

Trastorno mental transitorio: STS 1/93.

Centinela:

Concepto: STS 7/93.

Complicidad: STS 16/93.

Consideración suboficial: Guardia Civil: STS 17/93.

Cooperación necesaria: STS 16/93.

Delitos:

Abuso de autoridad: STS 5/93; STS 8/93; STS 13/93; STS 20/93.

Contra la eficacia del servicio: STS 3/93.

Contra la Hacienda en el ámbito militar: STS 10/93; STS 16/93.

Deserción:

Inexistencia por no ser militar el no incorporado: STS 17/93.

Deslealtad:

Información falsa sobre el servicio: STS 37/92.

Desobediencia: STS 6/93; STS 13/93; STS 19/93.

Embriaguez en acto de servicio de armas: STS 15/93.

Extralimitación en servicio de armas: STS 14/93.

Imprudencia temeraria: STS 5/93; STS 14/93.

Incumplimiento deberes mando: STS 11/93.

Insulto a superior: STS 2/93; STS 4/93.

Maltrato de obra a centinela: STS 7/93.

Maltrato de obra a subordinado: STS 8/93; STS 13/93.

Maltrato de obra a superior: STS 2/93; STS 12/93.

Negativa a prestar servicio militar:

La inutilidad excluye la tipicidad: STS 38/92.

Trato degradante: STS 5/93.

Efectos afectados al servicio: STS 16/93.

Error de hecho: STS 10/93.

Guardia Civil: carácter militar: STS 7/93; STS 9/93 ; STS 17/93.

Hechos: sancionados penal y disciplinadamente: STS 10/93.

Juez predeterminado por la ley: STS 14/93.

Libertad de expresión: STS 12/93.

Orden militar: STS 6/93.

Participación "extraneus": STS 5/93.

Presunción inocencia: STS 2/93; STS 4/93; STS 12/93; STS 18/93.

Principio igualdad ante la ley: STS 14/93.

Principio "non bis in idem": STS 10/93; STS 15/93.

Prueba:

Acta juicio oral: no documento: ATS 3/93.

Actividad probatoria suficiente; inculpación del coautor: STS 2/93 ;
STS 4/93.

Indefensión inexistente: STS 16/93; STS 19/93.

Recurso de casación:

Acta juicio oral: no documento: ATS 3/93.

Falta designación particulares en interposición: ATS 1/93; ATS 6/93.

Inexistencia contradicción en hechos: STS 14/93.

Infracción precepto constitucional: STS 15/93.

Interpretación documento: ATS 1/93; ATS 6/93.

Servicio:

Concepto: STS 6/93.

De armas: STS 9/93.

De guardia de puertos: STS 9/93.

Superior: STS 5/93; STS 13/93.

JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

Sala 5ª de lo Militar del Tribunal Supremo

SENTENCIA NUM. 37/92

- Sentencia:** De 18 de diciembre de 1992.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de deslealtad: militar que sobre asuntos del Servicio da a sabiendas información falsa. Diferencia entre el párrafo primero y el segundo del artículo 115 del Código Penal Militar. Delimitación con falta grave del artículo 9.5 de la Ley Orgánica 12/85. Omitir la totalidad de lo ocurrido, desnaturalizando la información, sin faltar substancialmente a la verdad. (Estimación parcial del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 115 del Código Penal Militar. Artículo 9.5 de la Ley Orgánica 12/1985.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 5-7.

SENTENCIA NUM. 38/92

- Sentencia:** De 22 de diciembre de 1992.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por interpuesto por un General Jefe de Región contra Auto de Sobreseimiento Definitivo de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Requisitos de la especial legitimación para interponer recurso de casación por un mando militar. Hechos ocurridos antes de la vigencia de la L.O. 13/91. Hechos tipificables en el artículo 127 del Código Penal Militar. La utilidad para el servicio como elemento típico del delito militar de negativa a prestar Servicio Militar. Declaración de inutilidad para el Servicio que excluye la tipicidad. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículos 111 y ss. Ley Orgánica 4/1987. Ley Orgánica 13/1991. Artículos 102 y 127 del Código Penal Militar. Artículo 246.2 de la Ley Orgánica Procesal Militar.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 8-10.

SENTENCIA NUM. 1/93

Sentencia: De 2 de febrero de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: Don José Francisco de Querol Lombardero.
Procedimiento: Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
Materia: Exención de responsabilidad por trastorno mental transitorio. Diferenciación con enajenación mental. Debilidad mental como causa de exclusión para el Servicio Militar. Delito de deserción. Imputabilidad e incapacidad para el Servicio Militar: distinción. Atenuante por analogía o eximente incompleta. Estimación del recurso. Propuesta al Gobierno de indulto.

Normas aplicadas: Artículos 8-1 y 9-1 del Código Penal. Artículo 120 del Código Penal Militar.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 11-14.

SENTENCIA NUM. 2/93

Sentencia: De 23 de febrero de 1993
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: Don José Jiménez Villarejo.

- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Admisión del recurso. Invocación de vulneración de la presunción de inocencia. Valoración de la declaración inculpatoria del imputado. Delito de insulto a Superior. Ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior. Requisitos de este delito. Animo exigible. Inexistencia del elemento subjetivo propio del delito previsto en el artículo 100-2 del Código Penal Militar.
- Normas aplicadas:** Artículos 741, 849, 855 y 893 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 120.3. Constitución Española. Artículos 120-2 del Código Penal Militar.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 15-20.

SENTENCIA NUM. 3/93

- Sentencia:** De 1 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito contra la eficacia del servicio. Conducta imprudente. Daños al vehículo e inutilización total de un medio de transporte para el servicio. Concepto de eficacia del servicio. Disminución de la capacidad operativa de la unidad.
- Normas aplicadas:** Artículo 155 del Código Penal Militar.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 13-15.

SENTENCIA NUM. 4/93

- Sentencia:** De 8 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.

- Voto particular:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de insulto a superior. Presunción de inocencia. Acta de la vista del juicio oral. Contenido y valor probatorio del acta. Actividad probatoria suficiente. Voto particular: Inexistencia de actividad probatoria de cargo en el juicio oral.
- Normas aplicadas:** Artículos 320 y 312 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículos 730 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución Española. Artículo 99.3 del Código Penal Militar.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 16-20.

SENTENCIA NUM. 5/93

- Sentencia:** De 23 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley, contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de abuso de autoridad. Infracción del artículo 106 del Código Penal Militar. Elementos del tipo. Sujeto activo del delito. Concepto de superior. Delito especial y corresponsabilidad de los soldados procesados. Participación de un extraneus en delito especial. Trato degradante: concepto. Bienes jurídicos protegidos. Inexistencia de dolo específico. Dolo genérico. Concurrencia de todos los elementos del delito de abuso de autoridad. Delito de imprudencia temeraria. Segunda sentencia: condena por delitos de abuso de autoridad e imprudencia temeraria con resultado de lesiones.
- Normas aplicadas:** Artículos 12.35.103 y 106 del Código Penal Militar. Artículos 65 y 99 de las Reales Ordenanzas de las FAS. Artículos 899 y 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 14, 19, 71, 420.4 y 565 del Código Penal. Artículos 15 y 24.2 de la Constitución. Artículo 5 de la Decla-

ración Universal de Derechos Humanos. Artículo 3 del Convenio Europeo de Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

BJM. n° 6. abril-junio, 1993, pág. 21-33.

SENTENCIA NUM. 6/93

- Sentencia:** De 24 de marzo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.
Procedimiento: Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
Materia: Delito de desobediencia. Requisitos de la orden. Concepto de servicio. Diferencia entre la desobediencia constitutiva de delito y de falta disciplinaria militar. La desobediencia como ilícito disciplinario.
Normas aplicadas: Artículos 5, 19 y 102 del Código Penal Militar. Artículos 8.33 y 9.16 de la Ley Orgánica 12/85.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 34-36.

SENTENCIA NUM. 7/93

- Sentencia:** De 30 de marzo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.
Procedimiento: Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
Materia: Maltrato de obra a centinela. Carácter militar de la Guardia Civil. Concepto de centinela. Atenuante de enajenación mental. Tratamiento psiquiátrico posterior a la comisión del delito.
Normas aplicadas: Artículos 10, 11 y 85.1 del Código Penal Militar. Artículo 104.2 de la Constitución Española. Artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/86. Artículos 1.1,3 y 4.3 de la Ley 17/89.

Ley Orgánica 11/91. Artículos 8.1 y 9.1 del Código Penal.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 37-39.

SENTENCIA NUM. 8/93

- Sentencia:** De 19 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José Jiménez Villarejo.
Procedimiento: Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
Materia: Delito de abuso de autoridad por maltrato de obra a un inferior. Doctrina consolidada de la Sala 5ª del Tribunal Supremo. Inexistencia en la Ley Disciplinaria Militar de la forma venial de maltrato de obra a inferior.
Normas aplicadas: Artículo 104 del Código Penal Militar. Artículo 38 de la Ley Orgánica 12/85.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 40-43.

SENTENCIA NUM. 9/93

- Sentencia:** De 19 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José Francisco de Querol Lombardero.
Procedimiento: Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
Materia: Delito de abandono de servicio de armas. Elementos del tipo. Naturaleza de los servicios de guardia de puertas. Definición de acto de servicio de armas del Código Penal Militar. Naturaleza militar de la Guardia Civil. Carácter permanente del servicio de armas. Concepto de abandono.
Normas aplicadas: Artículos 16 y 144 del Código Penal Militar. Reglamento para el servicio del Cuerpo de la Guardia Civil. Orden de 14 de mayo de 1943. Artículos 1.1 y 3 y 4.3 de la Ley 17/89.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 44-48.

SENTENCIA NUM. 10/93

- Sentencia:** De 26 de mayo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia del Tribunal Militar Central.
- Materia:** Delito contra la hacienda en el ámbito militar. Posibilidad de completar el relato de hechos probados en otros pasajes de la sentencia. Error de hecho. Gastos de difícil justificación. Simulación de necesidades para atenciones inexistentes. Análisis del párrafo primero del artículo 189 del Código Penal Militar. Caracteres de este delito. No exigencia de ánimo de lucro. Bien jurídico protegido. Culpa-bilidad: dolo de actuación desleal. Identidad parcial de los hechos sancionados penal y disciplinariamente. Principio *nos bis in idem*. No concurrencia.
- Normas aplicadas:** Artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española. Artículo 189, párrafo primero del Código Penal Militar. Artículo 3 de las Reales Ordenanzas para las FAS. Artículos 849.1, 851.1, y 884.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 325 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículos 4 y 8.33 de la Ley Orgánica 12/85.
BJM. nº6, abril-junio, 1993, pág. 49-60.

AUTO NUM. 1/93

- Auto:** De 2 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Motivos del recurso de casación por infracción de ley. Falta de designación de particulares de los documentos demostrativos del error en el escrito de interposición. Interpretación del término documento a efectos casacionales. Causas de inadmisión del motivo alegado.

Normas aplicadas: Artículos 849.2º, 855, párrafo segundo. 874, 884.4º y 6º, 885.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 61-62.

AUTO NUM. 3/93

Sentencia: De 28 de abril de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Procedimiento: Recurso de casación penal contra Sentencia del Tribunal Militar Central.
Materia: Motivos del recurso de casación penal. Valor del acta del juicio oral. No constituye documento a efectos de demostrar el error del juzgador en la apreciación de la prueba.
Normas aplicadas: Artículos 849.2º, 884.6º, 887, 888 párrafo primero y 893 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 63-67.

AUTO NUM. 6/93

Auto: De 11 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
Procedimiento: Recurso de casación penal por quebrantamiento de forma e infracción de ley.
Materia: Motivos del recurso de casación: error de hecho en la apreciación de la prueba. Falta de correlación entre los documentos mencionados en la preparación del recurso y los que aparecen en el escrito de interposición. Causa de inadmisión. Documentos a efectos casacionales.
Normas aplicadas: Artículos 849.2º, 855, 884.4º y 6º, 885.2, 887 y 888 párrafo primero y 893 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
BJM. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 65-67.

SENTENCIA NUM. 11/93

- Sentencia:** De 2 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de incumplimiento de deberes inherentes al mando, previsto en el artículo 130 del Código Penal Militar, por dejación abandono o entrega indebida del mando. Requisitos de este delito. No concurrencia en el caso de autos. Desestimación del recurso del Fiscal contra la sentencia absolutoria.
- Normas aplicadas:** Artículo 130 del Código Penal Militar. Artículo 10 de la L.O. 4/1987.
BJM. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 21-23.

SENTENCIA NUM. 12/93

- Sentencia:** De 2 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de insulto a superior, en su modalidad de maltrato. Elementos de este delito. Progresión delictiva entre los delitos de desobediencia y maltrato de obra superior. Animo de agredir al superior. No apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación. No vulneración del derecho a la libre expresión, ni del derecho a la presunción de inocencia. Destimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículos 99-3 y 102 del Código Penal Militar. Artículo 9.8 del Código Penal. Artículos 20.1 a) y 24.2 de la Constitución. Artículo 5.4 de la L.O. del Poder Judicial.
B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 24-27.

SENTENCIA NUM. 13/93

- Sentencia:** De 11 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Javier Sánchez del Río Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra *sentencia de un Tribunal Militar Territorial*.
- Materia:** Delito de abuso de autoridad. Concepto de superior del artículo 12 del Código Penal Militar. Maltrato de obra a inferior. La condición de superior derivada del empleo jerárquicamente más elevado. Jurisprudencia consolidada de la Sala. Estimación del recurso. Segunda sentencia: condena por delito de abuso de autoridad.
- Normas aplicadas:** Artículos 12, 27, 35, 48, 99 y 104 del Código Penal Militar.
B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, págs. 28-31.

SENTENCIA NUM. 14/93

- Sentencia:** 16 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** *Recurso de casación penal por quebramiento de forma e infracción de ley, contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.*
- Materia:** Delito militar contra la eficacia del servicio, en su modalidad de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Alegación de quebrantamiento de forma por contradicción entre determinados hechos probados en la sentencia. Inexistencia de contradicción. Concepto de acto de servicio de armas. Ninguna clase de imprudencia o negligencia cometida en acto de servicio de armas, con resultado de muerte, lesiones o daños, puede ser castigada por precepto penal distinto al artículo 159 del Código Penal Militar. Concurrencia de imprudencia temeraria. Inexistencia de

infracción del derecho fundamental al Juez ordinario pre-determinado por la ley y del principio de igualdad ante la ley. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 14 y 24.2 de la Constitución. Artículos 16 y 159 del Código Penal Militar. Artículos 6 bis b) y 586 bis del Código Penal. Artículo 85 de la L.O. Procesal Militar. Artículos 849-1.º y 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B.J.M. nº 7, julio-septiembre, 1993, págs 32-37.

SENTENCIA NUM 15/93.

- Sentencia:** De 21 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Voto Particular:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de embriaguez en acto de servicio de armas. Cauce procesal del recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional. Supuesta infracción del principio jurídico *non bis in idem*. Abono del tiempo de arresto disciplinario sufrido por los mismos hechos sentenciados. No vulneración del principio *non bis in idem* en las relaciones de supremacía especial. Desestimación del recurso. Voto particular: aplicación del principio *non bis in idem* al régimen disciplinario militar, al prohibir la simultaneidad de sanciones penales y disciplinarias militares.
- Normas aplicadas:** Artículos 1.27 y 148 del Código Penal Militar. Artículos 24 y 25 de la Constitución. Artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 5.4 de la L.O. del Poder Judicial. Artículos 1.4 y 8.1 de la L.O. 12/1985. Artículos 10, 12, 13 y 129 de la L.O. 4/1987. Artículo 85-5.º de la L.O. 2/1989.

B.J.M. nº 7, julio-septiembre, 1993, pág. 38-46.

SENTENCIA NUM 16/93.

- Sentencia:** De 22 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por quebramiento de forma e infracción de ley, contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito contra la Hacienda en el ámbito militar. Alegación de quebramiento de forma. Normativa propia del proceso penal militar. Denegación de la prueba pericial propuesta. Prueba no imprescindible o necesaria. Participación personal, voluntaria y directa de todos los procesados: diferencia con cooperación necesaria y complicidad. Dolo unitario o plan preconcebido. Efectos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas.
- Normas aplicadas:** Artículos 5 y 196 del Código Penal Militar. Artículos 284 y 310 de la L.O. Procesal Militar. Artículos 14 y 69 bis del Código Penal. Artículos 489-1.º, 888, 901 bis a) y 901 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
B.J.M., nº 7, julio-septiembre, 1993, pág. 47-54.

SENTENCIA NUM. 17/93

- Sentencia:** De 23 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de deserción en tiempo de paz del artículo 120 del Código Penal Militar. Concepto de asimilación militar y consideración de Suboficiales de los Cabos y clases de tropa de la Guardia Civil. El procesado es reo de delito de deserción y no de abandono de destino o residencia. La disponibilidad para el servicio como bien jurídico protegido. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 8-5.º, 119 y 120 del Código Penal Militar. Disposición Adicional Octava de la L.O. 13/91. Real Decreto 1970/83, de 22 de junio. Artículos 174 y 194 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

B.J.M. n.º 7, julio-septiembre, 1993, pág. 55-57.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

INDICE ALFABETICO

Actividad revisoria: STS 18/93.

Actos propios: STS 18/93.

Bloque de constitucionalidad: STS 10/93.

Competencia:

No para medidas administrativas no disciplinarias: ATS 11/92;
ATS 3/93; ATS 7/93.

Conflicto de jurisdicción:

Competencia de la Audiencia Nacional sobre medidas administrativas no disciplinarias: ATS 11/92; ATS 3/93; ATS 8/93.

Congruencia:

Juicio sobre lo perdido por las partes: STS 20/93.

Derecho al acceso a funciones y cargos públicos: STS 22/93.

Derechos fundamentales:

Derecho a la libertad: STS 9/93.

Derecho a la libertad de expresión: STS 12/93; STS 24/93.

Expediente gubernativo: STS 3/93.

Falta grave:

Conducta grave contra disciplina: STS 3/93.

Falta subordinación: STS 1/93.

Plazo para incoar falta grave: STS 11/93.

Prescripción: plazos: STS 46/92; STS 5/93.

Falta leve:

Plazo para incoar falta grave: STS 11/93.

Indefensión: STS 44/92; STS 45/92; STS 10/93; STS 20/93; STS 23/93

Indemnización daños y perjuicios:

No basta la mera alegación: STS 4/93; STS 15/93.

Puede declararse "ex officio": STS 4/93.

Irretroactividad: R.D. 1751/90 : STS 16/93.

Juez predeterminado por la ley: STS 24/93.

Normas procesales:

No permiten elección de las partes: STS 45/92.

Notificación:

El error en anunciar recursos no legitima el improcedente: STS 2/93.

Nulidad de actuaciones: STS 45/92.

Objeto del proceso:

El recurso por falta leve no puede hacerse por vía ordinaria, sino por recurso preferente y sumario: STS 2/93; STS 19/93; STS 28/93; STS 29/93.

Orden desalojo vivienda militar: STS 9/93; STS 16/93; STS 25/93; STS 26/93.

Orden militar: STS 43/92.

Prescripción:

Falta grave no consumada en un sólo acto: STS 46/92.

Presunción de inocencia:

STS 4/93; STS 5/93; STS 6/93; STS 9/93; STS 20/93; STS 21/93; STS 21/93.

Principios:

Audiencia de las partes: STS 44/92.

Contradicción: STS 44/92.

Igualdad: STS 44/92; STS 5/93; STS 25/93.

Legalidad: STS 43/92; STS 9/93; STS 10/93; STS 12/93; STS 22/93.

Non bis in idem: STS 3/93; STS 5/93; STS 27/93.

Proporcionalidad de la sanción:

No invocable por falta leve: STS 5/93.

Prueba:

Confesión: no de un tercero: STS 21/93.

De cargo: STS 5/93.

Contra presunción de inocencia: STS 3/93 y STS 6/93.

Recurso de alzada:

Hechos acreditados: STS 43/93.

Recurso de casación:

Actos no susceptibles: STS 13/93.

Defectos graves: STS 19/93.

Inadmisión: STS 17/93.

Incompetencia penal en materia disciplinaria: STS 2/93.

Objeto: STS 18/93.

Plazo: STS 9/93.

Quebrantamiento de forma: STS 23/93.

Requisitos formales: STS 8/93; STS 27/93.

Recusación:

Inexistencia de motivos: ATS 12/92.

Retroactividad:

De la Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: STS 5/93.

Seguridad jurídica: STS 9/93.

Suspensión sanción: ATS 5/93.

Tipicidad: STS 22/93.

Tutela judicial efectiva: STS 45/92 y STS 4/93.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

SENTENCIA NUM. 43/92

- Sentencia:** De 14 de diciembre de 1992.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco J. Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** No puede tenerse en cuenta una pretendida imprecisión terminológica en la resolución dictada en el recurso de alzada, cuando en sí misma tiene suficiente claridad y además, al no haber reformado la sanción impuesta por el inferior, ha de estarse a los hechos por éste estimados. Legitimidad de la orden militar. Principio de legalidad. (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículos 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: 19 del Código Penal: 61 del Reglamento del Servicio Militar: 32, 34, 58, 97 y 158 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas: 25 de la Constitución.
- BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 77-83.*

SENTENCIA NUM. 44/92

- Sentencia:** De 15 de diciembre de 1992.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.
Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.
Materia: Igualdad de partes, contradicción, indefensión. La apreciación por el Tribunal de motivos no alegados por las partes, susceptibles de fundar el recurso o la oposición, es preciso que vaya precedida por el principio de audiencia a las partes, incluso cuando se trate de instituciones que pueden ser aplicadas de oficio (Estimación del recurso).
Normas aplicadas: Artículo 25.1 de la Constitución y 470.2 de la Ley Procesal Militar.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 84-87.

SENTENCIA NUM. 45/92

- Sentencia:** De 17 de diciembre de 1992.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Luis Tejada González.
Procedimiento: Recurso de casación contra Sentencia de la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero en recurso contencioso-disciplinario militar.
Materia: Violación de la tutela judicial efectiva al dar el Tribunal de instancia al recurrente la opción entre el procedimiento contencioso disciplinario militar ordinario o el preferente y sumario. Indefensión. Las normas procesales han de aplicarse de oficio *ex lege*, sin que puedan quedar sometidas al arbitrio de las partes. Nulidad de actuaciones (Estimación del recurso).
Normas aplicadas: Artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 1692.3 y 5 y 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 102.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 24.1 y 2 de la Constitución.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 88-90.

SENTENCIA NUM. 46/92

- Sentencia:** De 17 de diciembre de 1992.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar ordinario.
- Materia:** Prescripción: la infracción de los deberes que no son de carácter esporádico o temporal sino de índole permanente en tanto perdure el nombramiento para un puesto o destino, no se consuma en un sólo acto, sino que continúa en tanto se persista en el proceder antijurídico, por lo que no puede tomarse la fecha del comienzo de la infracción como la inicial del cómputo del plazo para la prescripción de las faltas graves (Estimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículos 9.2 y 17 de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 91-93.

SENTENCIA NUM. 1/93

- Sentencia:** De 19 de enero de 1993.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar ordinario.
- Materia:** Falta grave y leve: falta de subordinación cuando no constituya delito: la expresión «gilipollas» excede en mucho de constituir una ligera irrespetuosidad: no cabe transplantar, sin más, usos o modos sociales al seno de las Fuerzas Armadas, aunque los mismos sean de utilización ordinaria. (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículos 9.16 y 8.10 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 101 del Código Penal Militar.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 94-96.

SENTENCIA NUM. 2/93

- Sentencia:** De 26 de enero de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra auto del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar ordinario.
- Materia:** Inaplicabilidad de la regulación del recurso de casación penal al recurso contencioso disciplinario militar. La impugnación de las sanciones por falta leve no pueden hacerse por la vía ordinaria, sino que ha de serlo por la preferente y sumaria. Las notificaciones defectuosas que indican métodos impugnatorios que no corresponden, no abre la vía para su utilización. (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 51 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: 468 b) de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
BJM. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 97-99.

SENTENCIA NUM. 3/93

- Sentencia:** De 1 de febrero de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario.
- Materia:** Expediente Gubernativo. Aplicación retroactiva de la L.O. 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: No cabe por estar ya concluso el Expediente Gubernativo y a falta sólo de firma del Ministerio de Defensa, y no ser más favorable al no conceder la citada ley un trámite más de audiencia respecto a la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: aplicación retroactiva de la L.O. 11/91, por considerar más beneficioso la falta grave del número 8 del artículo 9 de la citada ley, que la causa primera del artículo 59 de la L.O. 12/85.
Exceso en el tiempo de tramitación del Expediente Gubernativo por un plazo mayor de seis meses: no supo-

ne la anulación del expediente ni es relevante en la fijación de los hechos y en la tipificación de los mismos. Falta muy grave del número 8 del artículo 9 de la L.O. 11/91. Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución cuando no constituyan delito, prohibición a los militares de pertenencia o proselitismo a favor de un sindicato.

Práctica de prueba suficiente en el expediente disciplinario para enervar la presunción de inocencia: falta de carácter inquisitivo en su tramitación.

No infracción del principio *non bis in idem*, la conducta y no hechos como injusto de la causa primera del artículo 59 de la L.O. 12/85 y del número 8 del artículo 9 de la L.O. 11/91.

Normas aplicadas: Artículo 28 de la Constitución: Artículos 180 a 182 de las RR. OO. de las FAS: Artículo 8.3, 9.1, 9.3 y Disposición transitoria primera de la L.O. 11/91 de Régimen disciplinario de la Guardia Civil: Art. 59 y 78 de la L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las FAS.

BJM. n.º 5, enero-marzo, 1993, pág. 100-106.

SENTENCIA NUM. 4/93

- Sentencia:** De 2 de febrero de 1992.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** Posibilidad de tutela de los derechos fundamentales a través de los recursos ordinarios, y no sólo a través de su especial protección en el procedimiento preferente y sumario. Indemnización, necesidad de prueba de los daños alegados, no bastando la simple estimación de un recurso. Posibilidad de que la declaración indemnizatoria sea hecha por propia iniciativa del órgano judicial, y no sólo a iniciativa de parte, cuando la declaración del órgano judi-

cial resulte inherente a la reparación exigida en justicia: necesidad de que la sentencia, que declara el derecho a la indemnización queden probados los daños sufridos así como su naturaleza.

Derecho a la presunción de inocencia, necesidad de actividad suficiente de prueba de cargo para desvirtuarlo.

Normas aplicadas: Artículos 17, 106.2 y 121 de la Constitución; Artículos 453 y 495 b) de la Ley Procesal Militar; artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; artículo 292.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

BJM. nº 5, enero-marzo, 1993, pág. 107-112.

SENTENCIA NUM. 5/93

- Sentencia:** De 8 de febrero de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso contencioso preferente y sumario contra la sanción de separación del Cuerpo de la Guardia Civil impuesta por el Excmo. Sr. Ministro de Defensa.
- Materia:** No infracción al derecho de la presunción de inocencia, por la elección del mando de un tipo determinado de expediente disciplinario: práctica de actividad mínima probatoria de cargo. No apreciación de infracción del principio *non bis in idem* por la concurrencia del cese administrativo en el destino y la sanción de pérdida de destino. Diferencia entre ambas medidas.
- Imposibilidad de plantear dentro del recurso preferente y sumario la vulneración del principio de proporcionalidad por no tratarse de un derecho de los comprendidos entre los artículos 14 a 30 de la Constitución, salvo si por defectuosa aplicación resultase vulnerado un derecho fundamental.
- No aplicación retroactiva de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil por no ser más beneficiosa. Comparación de los artículos 9.8 de la L.O. 11/91 y 59.3 de la L.O. 12/85, identidad sustancial entre ambos.

Normas aplicadas: Art. 9.8 y Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; art. 59.3 de la L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; Art. 18 de la Orden General del Cuerpo de la Guardia Civil número 67/86 de 30 de julio.

BJM. nº 5, enero-marzo, 1993, pág. 113-119.

SENTENCIA NUM. 6/93

- Sentencia:** De 16 de febrero de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: Don José Francisco de Querol Lombardero.
Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
Materia: Actividad probatoria en el expediente sancionador, validez de la misma: eficacia de las manifestaciones realizadas en una información administrativa previa, apreciación conjunta con otras pruebas: actividad probatoria de cargo desvirtuadora de la presunción de inocencia.
Normas aplicadas: Artículo 24 de la Constitución: art. 11.1 de la L.O. del Poder Judicial.
BJM. nº 5, enero-marzo, 1993, pág. 120-122.

AUTO NUM. 11/92

- Auto:** De 30 de noviembre de 1992.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: Don Luis Tejada González.
Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario.
Materia: Incompetencia de la Sala de lo Militar para conocer de un recurso contra la medida administrativa de suspensión de funciones y cese en el destino acordada al amparo de la Ley 17/89 Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional: conflicto de competencia negativo, competencia de la Audiencia Nacional.

Normas aplicadas: Arts. 102.1 y 102.2 de la Ley 17/89 Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional: Art. 23 de la L.O. 4/87 Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: Arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B.J.M. n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 123-124.

AUTO NUM. 12/92

Sentencia: De 15 de diciembre de 1992.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Incidente de recusación dimanante de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Materia: Falta de interés directo o indirecto de los tres vocales recusados: no ejercicio de influencia alguna por los tres vocales en el ánimo de quien adoptó la medida recurrida. Apreciación de mala fe y temeridad en el recurrente.

Normas aplicadas: Art. 227.1 de la L.O.P.J.: Art 23.2 de la L.O. 4/87: Arts. 188 y 189.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B.J.M., n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 125-126.

AUTO NUM. 3/93

Sentencia: De 9 de febrero de 1993.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Luis Tejada González.

Procedimiento: Recurso contencioso contra la resolución del Director General de la Guardia Civil por lo que se acordaba la baja de un Guardia Civil alumno estando en período de formación.

Materia: Falta de competencia de la Sala Quinta de lo Militar para conocer recursos contra medidas administrativas, no disciplinarias.

Normas aplicadas: Art. 17 de la L.O. 4/17 Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: Art. 448 de la Ley Procesal Militar: Arts: 64.3, 65.2 y 66 de la L.O. 11/91 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

B.J.M., n° 5, enero-marzo, 1993, pág. 127-128.

SENTENCIA NUM. 7/93

Sentencia: De 2 de marzo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José Francisco de Querol Lombardero.
Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
Materia: Falta grave: publicar datos que sólo pueden ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito. Para su comisión no basta dar noticia de alguna cosa o comunicarla a alguien, sino que, por cualquier medio, el hecho, el dato o la noticia ha de ponerse a disposición de una pluralidad de personas (desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 9.9 de la Ley Disciplinaria.

B.J.M. n°6, abril-junio, 1993, pág. 119-121.

SENTENCIA NUM. 8/93

Sentencia: De 5 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D.Luis Tejada González.
Procedimiento: Recurso de casación contra Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
Materia: Requisitos formales en el recurso de casación. Su omisión no puede ser subsanada por el Tribunal Supremo mediante una deducción de la argumentación del recu-

rente, que incurriría en lesión de la imparcialidad (desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 95 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 122-124.

SENTENCIA NUM. 9/93

Sentencia: De 22 de marzo de 1993.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Materia: Infracción de ley, Derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, no se infringe cuando la privación de libertad es consecuencia de una sanción aplicable a una conducta acertadamente calificada como falta disciplinaria. Principio de legalidad, no se conculca cuando se impone una sanción al desobedecer la orden de desalojo de una vivienda militar que se ocupa indebidamente. Legalidad en la orden de desalojo de una vivienda militar de régimen especial, cuando han desaparecido las condiciones para ocuparla legalmente. Seguridad Jurídica: su violación no puede alegarse en el procedimiento preferente y sumario, cuyo objeto lo constituye la posible vulneración de los derechos, fundamentales mencionados en el artículo 53.2 de la Constitución (desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 95.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, arts 9.3, 17.1, 24.2, 26 y 53.2 de la Constitución y 9.16 y 46 de la Ley Disciplinaria.

B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 125-129.

SENTENCIA NUM. 10/93

- Sentencia:** De 23 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Primera) en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Infracción de ley. Derecho de la defensa: se infringe cuando se da oportunidad de hacer el pliego de descargos después de notificar formalmente la imposición del correctivo.
Principio de legalidad y bloque constitucional: no se infringe cuando en el procedimiento preferente y sumario se examina el principio de tipicidad, pues cuando el examen de la cuestión de legalidad ordinaria va indisolublemente unida a la violación de derechos fundamentales que se denuncia en dicho procedimiento, forma parte del «*bloqueo constitucional*». (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Art. 95.1.4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa; 24.2 y 25.1 de la Constitución; 453.3.º y 518.1.º de la Ley Procesal Militar.
B.J.M., nº 6, abril-junio, 1993, pág. 130-133.

SENTENCIA NUM. 11/93

- Sentencia:** De 25 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Voto Particular:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** Plazo para revisar la sanción por falta leve ordenando la incoación de expediente por falta grave: caducidad. Dis-

crepancia en los hechos probados sobre la fecha en que se ordena la apertura de expediente disciplinario por falta grave: la imprecisión de las fechas no puede perjudicar la seguridad jurídica de los encartados en un proceso sancionador, máxime cuando la fecha considerada cierta por los recurrentes es la que consta en el registro del organismo correspondientes (estimación del recurso).

Voto Particular: Imbatibilidad de los hechos aprobados. La sentencia de instancia no es contradictoria, y de considerarse así, su impugnación ha de basarse en el art. 95.1.3.º de la Ley 10/92, que no es aplicable de oficio.

Normas aplicadas: Arts 95.4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y 44 de la Ley Disciplinaria.

B.J.M. nº 6, abril-junio, 1993, pág. 134-137.

SENTENCIA NUM. 12/93

- Sentencia:** De 29 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario número 2/62/92.
- Materia:** Derecho a la libertad de expresión: no es absoluto e ilimitado: para los militares no lo es con mayor razón, pues sus derechos tienen mayores restricciones, justificadas por los principios de disciplina y subordinación que predominan en la Institución Militar. El legítimo derecho a recurrir debe pronunciarse con la mesura, la cortesía y el respeto que debe imperar en el elemento castrense: utilización de modos y formas totalmente innecesarios, ni son argumento útiles para defender una tesis jurídica. No lo vulnera la sanción por expresiones contrarias al Gobierno vertidas en un recurso.
- Principio de legalidad: no se vulnera, pues al existir una falta de respeto del recurrente hacia un superior la sanción impuesta tiene cobertura legal (desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Arts 20.1 a) y 25.1 de la Constitución.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 138-141.

SENTENCIA NUM. 13/93

Sentencia: De 31 de marzo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.
Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario número 2/34/92.
Materia: Inadmisión: actos no susceptibles de impugnación: por no haber sido recurridos en el plazo establecido.
Normas aplicadas: Arts. 493, c) y 468, c) de la Ley Procesal Militar.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 142-143.

SENTENCIA NUM. 14/93

Sentencia: De 19 de abril de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra.
Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario núm 2/66/91.
Materia: Derecho a la libertad de expresión: limitaciones para el militar. No se vulnera al sancionarse expresiones constitutivas de falta leve.
Principio de legalidad: no se vulnera al existir falta de respeto que constituye falta leve. (Desestimación del recurso).
Normas aplicadas: Art. 20.1 a) y 25.1 de la Constitución.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 244-248.

SENTENCIA NUM. 15/93

- Sentencia:** De 27 de abril de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** Infracción de ley: errónea calificación jurídica de los hechos. Valoración de la importancia o gravedad de la falta de respeto a superior.
Indemnización de daños; han de probarse por quien reclama (Estimación parcial del recurso).
- Normas aplicadas:** Arts. 95.1.4: de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 8,12 y 9,15 de la Ley Disciplinaria y 495, b) de la Ley Procesal Militar.
B.J.M., n° 6, abril-junio, 1993, pág. 149-155.

SENTENCIA NUM. 16/93

- Sentencia:** De 27 de abril de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** Legalidad de la orden de desalojo de vivienda militar de régimen especial. Irretroactividad del Real Decreto 1751/90 (desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Art. 9.16 de la Ley Disciplinaria. Real Decreto 1751/90.
B.J.M., n° 6, abril-junio, 1993, pág. 156-160.

SENTENCIA NUM. 17/93

- Sentencia:** De 4 de mayo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero

Procedimiento: Recurso contencioso disciplinario militar número 2/69/91.
Materia: Inadmisibilidad del recurso.
Normas aplicadas: Art. 468, a). 493, c) 465 y 474 de la Ley Procesal Militar. *B.J.M., abril-junio, 1993, pág. 161-164.*

SENTENCIA NUM. 18/93

Sentencia: De 4 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Francisco Mayor Bordes.
Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar central dictada en recurso contencioso-disciplinario militar.
Materia: Función del recurso de casación, limitado meramente a la aplicación de la ley hecha por los tribunales *a quo*, supresión de la denuncia y examen de los hechos: facultad de la Administración para volver sobre actos propios de los que no deriven derechos subjetivos sin sujeción a procedimiento formal alguna: revocación del acuerdo de baja del Cuerpo de la Guardia Civil, mediante otro confirmando el anterior y ampliándolo al conceder los recursos pertinentes.
Diferenciación entre la actividad revisora jurisdiccional en el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucionalmente reconocida y la actividad revisora de la administración.
Normas aplicadas: Arts.24.1, 106.1 y 117.3 de la Constitución; art. 1962 L.E.C.; arts 93 a 102 L.J.C.A.; arts 109, 110 y 112 L.P.A. *B.J.M., nº 6, abril-junio, 1993, pág. 165-173.*

SENTENCIA NUM. 19/93

Sentencia: De 10 de mayo de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. Luis Tejada González.
Procedimiento: Recurso de casación contra Sentencia dictada por el Tribunal

Militar Territorial Cuarto en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Materia: Inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario contra acto administrativo dictado fuera del ámbito de la Ley Disciplinaria.

No admisibilidad del recurso de casación por graves defectos formales en el escrito de interposición del recurso: no invocación del cauce adecuado: falta de determinación de las normas de carácter procesal o reguladoras de las sentencia infringidas: no petición en instancia de subsanación de los defectos procesales.

Normas Aplicadas: Arts.1692.1.4 y 5 de la L.E.C.; arts 95.3 y 4 y 100 2b) L.J.C.A.; arts 478 a) y 453 a) L.P.M.

Voto particular: Formulado por D. José Luis Jiménez Villarejo.

Materia: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: no inclusión dentro de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario, la falta *ab initio* de *basamento mínimo* en la demanda.

Normas aplicadas: Art. 24.1 de la Constitución; art. 493 de la L.P.M.
B.J.M., nº 6, abril-junio, 1993, pág. 174-178.

SENTENCIA NUM. 20/93

Sentencia: De 13 de mayo de 1993.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Francisco de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central dictada en recurso contencioso-disciplinario militar.

Materia: Infracción del párrafo 2.º del artículo 470 L.P.M.: resolución del recurso contencioso-disciplinario fuera de los límites de las pretensiones y alegaciones de las partes, produciéndose indefensión en la parte demandada, obligación del Tribunal de oír a las partes sobre aquellos otros motivos, no aportados por las mismas, susceptibles de fundar el recurso o la oposición.

No admisibilidad del recurso de casación, al existir, entre

otras causas alegadas por las partes, susceptibles de fundar el recurso; falta de prueba en el expediente disciplinario; manifestaciones no constitutivas de la falta grave del número 15 del artículo 9 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas.

Normas aplicadas: Arts. 24.1 y 2 de la Constitución; 470.2 y 490.2 L.P.M.; arts 240.2 L.O.P.J. y 35.2 L.O. Tribunal Constitucional. *B.J.M.*, n° 6, abril-junio, 1993, pág. 179-183.

SENTENCIA NUM. 21/93

- Sentencia:** De 22 de mayo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central dictada en recurso contencioso disciplinario militar.
- Materia:** No reconocimiento de valor de prueba de confesión al testimonio de tercero otorgado en expediente disciplinario por a) no celebración en instancia jurisdicción de prueba de confesión, b) no asimilación del expediente disciplinario al proceso jurisdicción civil o contencioso administrativo, todo lo más a la fase de instrucción del proceso penal; c) no ser manifestación de parte en el proceso sino de tercero; d) no tener la confesión el carácter de prueba prevalente ni preferencial. No es revisable en vía casacional, la observancia de precepto constitucional en la instancia, otorgando el amparo constitucional, sin infracción de precepto constitucional alguno. La inatacabilidad, en vía casacional, de la declaración de hechos probados, por ser función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, conforme a la reforma de la Ley 10/1992, tras suprimir el número 4 del artículo 1692 de la L.E.C., aunque sí su valoración jurídica.
- Normas aplicadas:** Artículo 1232 Código Civil, S.T.S. Sala Primera de 30 de junio de 1992; arts. 5.1, 5.4 y 7 L.O.P.J.; arts. 95 L.J.C.A.; 503 L.P.M.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 184-187.

AUTO NUM. 5/93

- Auto:** De 26 de marzo de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Procedimiento:** Recurso contencioso disciplinario militar contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición contra resolución del Ministro de Defensa en expediente gubernativo.
- Materia:** Suspensión de la ejecución de la sanción de suspensión de empleo por ocasionar, la ejecución, daños o perjuicios de imposible reparación al sancionado y no resultar perjuicio alguno a la disciplina militar.
- Normas aplicadas:** Artículo 513 d) L.P.M.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 188-189.

AUTO NUM. 7/93

- Sentencia:** De 2 de abril de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra resolución del Sr. Ministro de Defensa acordando el cese del destino y pase a suspenso en funciones del recurrente.
- Materia:** Falta de jurisdicción de la Sala de lo Militar por no tratarse la resolución, adaptada conforme a la Ley 17/89, Reguladora del Régimen del Militar Profesional, de cese del destino y pase a la situación de suspenso de materia disciplinaria.
Conflicto de competencia negativo.
- Normas aplicadas:** Artículo 23 L.O.C.O.; artículos 42 y 50 L.O.P.J.
B.J.M. n° 6, abril-junio, 1993, pág. 190-191.

SENTENCIA NUM. 22/93

- Sentencia:** De 2 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Presunción de inocencia: su infracción sólo resultaría cuando se produjera una decisión judicial sin apoyo de prueba alguna y no por el modo en que la prueba haya sido valorada. Principio de legalidad: la discusión de si la conducta del sancionado está o no tipificada como falta leve queda excluida de su revisión por la vía del recurso preferente y sumario.
Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes: no se vulnera por la aplicación de una sanción prevista en las normas disciplinarias que le pueden ser aplicadas (desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículos 24.2, 25.1 y 23.2 de la Constitución
B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 99-102.

SENTENCIA NUM 23/93

- Sentencia:** De 7 de junio de 1993
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar.
- Materia:** Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión para las partes, al denegar el Tribunal de instancia la traducción de un documento redactado en lengua inglesa (Estimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículos 95, 1-3º. y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 24 de la Constitución.

B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 103-107.

SENTENCIA NUM. 24/93

Sentencia: De 16 de junio de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José L. Bermúdez de la Fuente.
Procedimiento: Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso militar preferente y sumario.
Materia: Derecho a la libertad de expresión: limitación de su ejercicio a los militares por el respeto al valor esencial de la disciplina militar. Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley: atribución a la Justicia Militar del conocimiento de los recursos contra sanciones disciplinarias impuestas a miembros de la Guardia Civil (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículos 20.1 a) de la Constitución; 9.15 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas; 11, 26, 28, 35 y 37 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas; 3,4 y 17 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; 64, 65 y 66 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 108-111.

SENTENCIA NUM. 25/93

Sentencia: De 21 de junio de 1993.
Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.
Ponente: D. José Jiménez Villarejo.
Procedimiento: Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar.

- Materia:** Desalojo de vivienda militar. Aplicación de la doctrina de la Sentencia de 16 de marzo de 1992 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo al régimen disciplinario militar. Igualdad ante la ley: falta de actividad probatoria que *advere* la infracción alegada. Inexistencia del derecho al a igualdad en la ilegalidad (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 95.1.4º. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 14 de la Constitución.
B.J.M. nº 7, julio-septiembre, 1993, pág. 112-115.

SENTENCIA NUM. 26/93

- Sentencia:** De 25 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar.
- Materia:** Desalojo de vivienda militar. Orden militar: relativa al servicio y conforme a las atribuciones que legalmente corresponden al superior (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 95.1.4º. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 9.16 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas; 8 de la Orden Ministerial 193/73; disposición transitoria 2 del Real Decreto 175/90 de creación del INVIFAS.
B.J.M. nº 7, julio-septiembre, 1993, pág. 116-118.

SENTENCIA NUM. 27/93

- Sentencia:** De 26 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sección Segunda, en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.

- Materia:** La cita inadecuada del precepto en que se ampara el recurso de casación no debe ser motivo de inadmisión, cuando se deduce indubitadamente que se interpone al amparo de los que tasadamente enumera la ley.
La obligación de no resolver un expediente disciplinario hasta que haya recaído sentencia firme en el procedimiento judicial instruido por los mismos hechos, no se infringe por la imposición de una sanción por falta leve estando vivo un procedimiento penal.
Principio *non bis in idem*: no se vulnera cuando existe una relación de supremacía especial de la Administración que justifica la aplicación del *ius puniendi* por los Tribunales y por la Administración (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 4 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas; 3 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil; 25 de la Constitución.
B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 120-123.

SENTENCIA NUM. 28/93

- Sentencia:** De 28 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Tipicidad: la calificación más o menos acertada de la falta que se admite cometida, es cuestión de legalidad ordinaria y no puede ser objeto del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículos 95.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.
B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 124-125.

AUTO NUM. 8/93

- Auto:** De 17 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario.
- Materia:** Competencia de la Jurisdicción militar en materia contencioso-disciplinaria militar. Resolución del Ministerio de Defensa en aplicación de la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Medida cautelar derivada del procesamiento de Guardias Civiles, que no es sanción disciplinaria militar. Cambio de situación militar previsto en la Ley 17/89. Se declara la falta de jurisdicción de la Sala.
- Normas aplicadas:** Artículo 17 de la L.O. 4/1987. Art. 102.1 y 2,112 de la Ley 17/89. Arts. 45 a 49 del R. Decreto 1385/1990. Art. 9.6 y 50 de la L.O. del Poder Judicial.
- B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 152-154.*

AUTO NUM. 9/93

- Auto:** De 24 de junio de 1993.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de queja contra auto del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Plazo para la preparación del recurso de casación. Implicación de lo dispuesto en el art. 512, párrafo primero *in fine*, cuando ha recaído sentencia.
- Normas aplicadas:** 96.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 512 de la Ley Procesal Militar.
- B.J.M. n° 7, julio-septiembre, 1993, pág. 155-156.*

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio Fernández Piñeyro y Hernández
Comandante-Auditor

Pedro Escribano Testaut
Teniente-Auditor

INDICE ANALITICO

I. ASCENSOS. En la Escala Auxiliar del Ejército de Tierra. Necesidad de vacante en el empleo superior para que tengan lugar.

II. ESCALAS. Integración. Impugnación del R.D. 1657/90 por Oficiales de la Escala Especial, Modalidad "A", de la Armada. El Reglamento de Integración de Escalas se ajusta exactamente al texto legal que desarrolla. Inexistencia de vulneración de los principios de igualdad y no discriminación. Improcedencia de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

III. EVALUACIONES. Impugnación del R. D. 832/91 sobre Constitución de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes y de los Organos de evaluación correspondientes. No existe vulneración de la independencia y la inamovilidad judicial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejercen funciones judiciales. Improcedencia de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

IV. RETRIBUCIONES. Se desestima la petición de compensación económica por la prestación de guardias de armas y seguridad.

V. SECRETOS OFICIALES. Para garantizar la salvaguardia de la documentación clasificada es legítimo seleccionar al personal mediante cuestionario en los que se formulen preguntas relativas al carácter, personalidad, etc, si bien ninguna pregunta puede suponer una vulneración del núcleo o conte-

nido esencial de ninguno de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

VI. SITUACIONES. Diferencias entre el retiro y la reserva del personal militar profesional. No es inconstitucional la disminución de las retribuciones del personal en reserva.

I. ASCENSOS. En la Escala Auxiliar del Ejército de Tierra. Necesidad de vacante en el empleo superior para que tengan lugar.

TS (sala 3ª, Sección 1ª). Sentencia 23 de junio de 1993.

P.: Sr. González Mallo.

La Administración del Estado interpuso recursos de casación en interés de ley contra sentencia del T.S.J. de Aragón, que reconocía el derecho al ascenso de los miembros de la Escala Auxiliar sin necesidad de existencia de la correspondiente vacante.

El Tribunal Supremo considera que tal doctrina es errónea y gravemente dañosa para el interés público, estimando el recurso de casación y fijandos como doctrina legal correcta, que para el ascenso del empleo de Teniente al de Capitán de la Escala Auxiliar *a extinguir* es precisa la previa existencia de vacante en este último empleo.

Fundamentos de derecho

Primero. El Abogado del Estado formula, al amparo del artículo 102.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la redacción que le dió la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dentro del plazo que dicho precepto establece, recurso de casación en interés de la Ley contra la sentencia dictada el 13 de junio de 1992 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso seguido en la misma con el número 274 del año 1991, con fundamento en que dicha resolución, en la que se reconoce que un oficial de la Escala Auxiliar del Ejército de Tierra *a extinguir* puede ascender al empleo superior sin necesidad de que exista la correspondiente vacante, es gravemente dañosa para el interés general y errónea, solicitando que, sin perjuicio de mantener la situación jurídica particular derivada del fallo de dicha sentencia, se fije como doctrina legal correcta que los referidos ascensos no pueden tener lugar sin la existencia de vacante en el empleo superior.

Segundo. Para resolver la cuestión planteada en el recurso es preciso establecer la normativa aplicable, que es la siguiente: 1º) La Ley de 25 de noviembre de 1944 creó la Escala Auxiliar con el fin, según se reconocía en la misma, de favorecer el ascenso a Oficiales de los Suboficiales del Ejército. 2º) Dicha Escala Auxiliar se reorganiza en profundidad por Ley de 22 de diciembre de 1955 y Orden Ministerial de 30 de enero de 1956, disponiendo que estará constituida por los empleos de Teniente, Capitán y Comandante Auxiliar; que tendrán los mismos devengos y consideraciones que los de la Escala Activa, y en cuanto a ascensos, que se producirán con ocasión de vacante, por rigurosa antigüedad, previa declaración de aptitud y siempre que hubiere ascendido el último de la Escala Activa de su misma antigüedad en el Arma o Cuerpo respectivo. 3º) La Ley de 26 de febrero de 1972 y la Orden de 6 de marzo del mismo año establecieron ciertas modificaciones, especialmente en lo referente a la supresión del límite de edad para ascender, que no afecta directamente a lo que aquí se cuestiona. 4º) La Ley 13/1974, de 30 de marzo, creó la Escala Básica de Suboficiales y la Escala Especial de Jefes y Oficiales, integrándose en ésta los Jefes y Oficiales procedentes de la Escala Básica de Suboficiales, pudiendo también integrarse los Jefes y Oficiales de Escalas que se declaren a extinguir y opten por ingresar en la misma de acuerdo con lo establecido en sus disposiciones transitorias, en la primera de las cuáles se concedió opción al personal de las Escalas a extinguir para continuar en las mismas o integrarse en las nuevas Escalas creadas por esta Ley, y la transitoria 2ª, apartado 5, dispuso que *el Ministerio del Ejército, en función del número de Oficiales y Suboficiales de la Escala a extinguir que pasen a las de nueva creación, fijará anualmente unos coeficientes de amortización de las vacantes que se produzcan, con objeto de que las posibilidades de ascenso del personal que opte por permanecer en las Escalas declaradas a extinguir sean similares a las existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ley.* 5º) La Ley 48/1981, de 24 de diciembre, reguló los ascensos en régimen ordinario para el personal de carrera del Ejército, en cuyo artículo 5º, apartado c) estableció como uno de los sistemas de ascenso el cumplimiento de un determinado número de años de efectividad en el grado, siempre que se cumplan las demás condiciones que señala el artículo 7º, de cuyo régimen de ascensos quedaron exceptuados, según la transitoria 4ª, las Escalas declaradas a extinguir por la Ley 13/1974, de 30 de marzo, para los que continuará en vigor la legislación específica de cada una. 6º) La Ley 14/1982, de 5 de mayo, reorganizaba la Escala Básica de Suboficiales y la Especial de Jefes y Oficiales, cuya disposición final segunda deroga expresamente la Ley 13/1974, de 30 de marzo, y el texto articulado que la desarrolla, aprobado por Decreto de 27 de septiembre de 1974, continuando vigentes únicamente la disposición adicional y la final segunda en lo que

se refiere al personal de las Escalas a extinguir enumeradas en la disposición final tercera, mientras exista personal afectado por la misma, quedando en consecuencia derogadas las disposiciones transitorias y, entre ellas, el apartado 5 de la transitoria 2ª. 7º) A partir del año 1982, por razón de las necesidades de la defensa nacional y su acomodación a las de la Comunidad Internacional de nuestra área, se inicia una reorganización en profundidad del Ejército que pretende su modernización y una mayor eficacia mediante la reducción y redistribución de efectivos, mayor profesionalización, especialización, etc, dictándose al efecto la Ley 40/1984, de Plantillas del Ejército de Tierra, cuyo artículo 3º facultaba al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias con el fin de que en un plazo máximo de seis años se adaptase el personal existente a las plantillas fijadas en la Ley. El Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, crea la reserva transitoria, dictándose una serie de Ordenes Ministeriales que en años sucesivos fijan los cupos autorizados para el pase a la situación de reserva transitoria, amortizándose las plazas que resultaren vacantes y sin que por tanto el pase a la situación de reserva transitoria produzca vacante. 8º) La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional estableció en la disposición adicional 6ª. 3 que la Escala Auxiliar continuará en la misma situación de *a extinguir*, cuyos ascensos siguen rigiéndose por lo dispuesto en la Orden de 30 de enero de 1956, siendo necesario en consecuencia, además de otros requisitos, la existencia de vacante en el empleo superior y haber superado el curso de aptitud para dicho ascenso. 9º) El recurrente en la instancia D..., Capitán de la Escala Auxiliar en situación de reserva transitoria, solicitó en vía administrativa el reconocimiento del derecho a que se modifiquen su antigüedad y efectividad en el empleo de Capitán de la Escala Auxiliar, asignándole la de 11 de mayo 1981, y que se le conceda el ascenso a Comandante en la fecha que corresponda de acuerdo con la rectificación de antigüedad y efectividad en el empleo de Capitán, pretensiones desestimadas por las resoluciones de la Administración militar, impugnadas en la instancia.

Tercero. La sentencia de la Sala de Zaragoza que se impugna en este recurso de casación en interés de la Ley estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por el Sr. X, anula las resoluciones administrativas recurridas, reconoce el derecho del actor a que se rectifique su antigüedad en el empleo de Capitán, asignándole la de 11 de mayo de 1982, y también el derecho al ascenso a Comandante en la reserva transitoria cuando le corresponda con arreglo a la nueva antigüedad en el empleo de Capitán según la normativa reguladora de dicha situación, con abono de atrasos por las diferencias de haberes en los distintos empleos, con el límite temporal establecido en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria, pronunciamiento que se fundamenta en que el personal de la Escala Auxiliar a extinguir tiene consideración

idéntica al de la Escala Activa y Escala Especial; que la Ley 13/1974 vino a salvaguardar sus expectativas profesionales; que los tiempos de permanencia en el empleo de Teniente después de la Ley 13/1974 deben ser los mismos que cuando entró en vigor dicha Ley; que personal que se integró en la Escala Especial ascendió a Capitán a los seis años, antes que el recurrente en la instancia, que tenía mayor antigüedad; que, en definitiva, los que optaron por continuar en la Escala Auxiliar tienen unas expectativas de ascenso menores que los que se integraron en la Escala Especial, incumplíendose así las prescripciones de la disposición transitoria 2ª.5 de la Ley 13/1974.

Cuarto. La anterior doctrina y la resolución dictada con fundamento en la misma debe considerarse errónea por las razones siguientes: A) Desconoce que la disposición final 2ª de la Ley 14/1982, de 5 de mayo, derogó expresamente la Ley 13/1974, de 30 de marzo, y el texto articulado que la desarrolla, aprobado por Decreto de 27 de septiembre de 1974, excepto dos preceptos, sin que esa norma derogatoria expresa con rango de Ley contenga salvedad alguna respecto de la disposición transitoria 2ª.5 de la Ley 13/1974, tan reiteradamente alegada. B) Con independencia de su expresa derogación, las expectativas que pudieran haberse generado por la misma no podían consumarse como consecuencia de una legislación posterior, con rango normativo suficiente, que fijó unas plantillas tope en los empleos, creó la reserva transitoria para acomodar progresivamente el personal existente a las plantillas fijadas, disponiendo que el pase a la situación de reserva transitoria no generaba vacante. C) Al personal de la Escala Auxiliar se le concedió la opción para integrarse en la Escala Especial de Jefes y Oficiales, Escalas regidas, incluso en materia de ascensos, por una normativa distinta, por lo que, al haber optado por permanecer en la Escala Auxiliar *a extinguir*, no pueden después alegar supuestas desigualdades en materia de ascensos respecto de los que se integraron en la Escala Especial, ni tampoco, por supuesto, de la Escala Activa. D) Reconocer a los empleos de una determinada Escala la misma consideración y retribuciones que a los de otras, no implica que el régimen de ascensos haya de ser necesariamente igual. E) Los pertenecientes a la Escala de Complemento y los de Oficinas Militares se rigen en materia de ascensos por su legislación específica, por lo que tampoco sería aceptable la invocación de sentencias dictadas en cuanto a los mismos por este Tribunal. F) En el recurso de alzada que obra en el expediente administrativo y cuya copia se acompañó al escrito de interposición del recurso ante la Sala de Zaragoza, el propio Sr... reconoce, en el hecho primero, párrafo segundo, que por Orden de fecha 9 de noviembre de 1984 se le declaró apto en el curso correspondiente para el ascenso a Capitán de la Escala Auxiliar, ascenso que la sentencia aquí recurrida la reconoce desde el 11 de mayo de 1982, cuando no existía vacan-

te ni siquiera había superado el curso de aptitud, dos de los requisitos que para dicho ascenso exige su legislación específica.

Quinto. Además de errónea, la doctrina que establece la sentencia objeto de este recurso es gravemente dañosa para el interés público, por cuanto posibilita ascensos en la Escala Auxiliar *a extinguir* sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, que, con independencia de sus repercusiones económicas, dificultan el cumplimiento de la normativa encaminada a la reorganización del Ejército, especialmente en materia de plantillas máximas.

Sexto. Procede por lo expuesto estimar el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Abogado del Estado y, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijar como doctrina legal correcta que para el ascenso del empleo de Teniente al de Capitán de la Escala Auxiliar *a extinguir* es precisa la previa existencia de vacante en este último empleo; sin que haya lugar a pronunciamiento sobre el pago de costas.

II. ESCALAS. Integración. Impugnación del R.D. 1657/90 por Oficiales de la Escala Especial, Modalidad A de la Armada. El Reglamento de Integración de Escalas se ajusta exactamente al texto legal que desarrolla. Inexistencia de vulneración de los principios de igualdad y no discriminación. Improcedencia de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

T.S. (Sala 3ª, sección 7ª). Sentencia de 7 de abril de 1993.

P.: Sr. García Carrero.

Los recurrentes, miembros de la Escala Especial Modalidad A de la Armada, impugnaron las normas reglamentarias de integración de escalas, solicitando el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato con el personal integrado en las Escalas Superiores de la Armada.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, considerando que el R.D. 1657/90 se ajusta exactamente a los preceptos de la Ley 17/89.

Fundamentos de derecho

Primero. La súplica del escrito de demanda, de la que se ha dejado constancia en los antecedentes de hecho (antecedente 2º) contiene tres pedimentos diferenciados: la declaración de nulidad de determinados preceptos reglamentarios; el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato con el personal integrado en la Escala Superior de los Cuerpos de la Armada y el recono-

cimiento del derecho al mismo trato que se confiere al personal de las Escalas declaradas a extinguir por la Ley 17/1989, de 19 de julio (RCL 1989, 1613), esto último planteado con carácter subsidiario.

Segundo. Los preceptos reglamentarios para los que se insta la declaración de nulidad son los siguientes:

Art. 1.º Escalas a integrar. En las Escalas creacas por la Ley, quedan integradas las actualmente existentes de la siguiente forma: ...10: Escala Media del Cuerpo de Infantería de Marina: Escala Especial, Modalidad «A» del Cuerpo de Infantería de Marina: ...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 Interendencia.

Art. 5º. 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 ap. 1 de la Disposición Adicional Décima de la Ley, se integrarán en las Escalas que a continuación se indican: ... 6. Escala Media del Cuerpo de Infantería de Marina: los procedentes de la Escala de Complemento del Cuerpo 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. Deberá cumplir las condiciones que se indican en el artículo siguiente.

Del contexto de las alegaciones formuladas en sus escritos por los demandantes (reposición, demanda, conclusiones), cabe razonablemente deducir que el núm. 8 del art. 5º, antes reseñado, es el núm. 10 con el siguiente texto: *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.*

Tercero. El R.D. 1637/1990, de 20 de diciembre, por el que se apueban las Nomas Reglamentarias de Integración de Escalas de las Fuerzas Armadas que figuran como Anexo a dicho Real Decreto, entre las que se encuentran aquellas para las que se insta la declaración de nulidad en este proceso, fue dictado, como es sabido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final 9ª de la Ley 17/1989, de 19 julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, la cuál autoriza al Gobierno a aprobar las normas de desarrollo de la Ley, que, por lo que se refiere a los preceptos cuestionados tienen su marco jurídico específico en las Disposiciones Adicionales Sexta, Décima y Undécima, bajo los respectivos epígrafes de *adaptación de la estructura de Cuerpos y Escalas, adaptación del régimen del personal de las Escalas de Complemento y nor-*

mas de integración de Escalas. Como tal Reglamento ejecutivo fue sometido el proyecto al previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado, emitido en sentido favorable.

Partiendo de esta reflexión, la primera tarea que el Tribunal se impone es diferenciar dentro del repertorio normativo impugnado dos categorías de disposiciones: las que por su naturaleza complementadora e integradora poseen estricto carácter reglamentario en sentido formal y material, y son susceptibles de enjuiciamiento a través de la actividad revisora que es propia de la función jurisdiccional en el proceso contencioso-administrativo; y las que por ser meramente repetitivas del texto de la Ley Formal, caen fuera de este orden jurisdiccional, tal como se halla definido en el art. 9.4 LOPJ y art. 1º de la Ley de la Jurisdicción, salvo a efectos de lo previsto en el art. 35 LOTC y concordantes, con cuyo extremo se relaciona el pedimento formulado en el *Otrosí* del escrito de demanda.

Cuarto. Se solicita en primer término, como se ha dicho, la declaración de nulidad de los núms. 10 y 14 del art. 5º de las Normas reglamentarias cuyo texto se transcribe en F. 1º. Dichos preceptos tienen su correlación en la Disposición Adicional 6ª de la Ley, en donde se establece lo que literalmente se transcribe:

Sexta. Adaptación de la estructura de Cuerpos y Escalas. 1. —En las Escalas que se crean por la presente Ley quedan integradas las actualmente existentes, de la siguiente forma. ...Escala Media de Infantería de Marina: Escala Especial modalidad A del Cuerpo de Infantería de Marina. ...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.

El mero cotejo entre ambos textos, de la Ley y del Reglamento, muestra la exacta identidad de su contenido normativo. Debe inferirse, pues, que en el concreto extremo de las integraciones de Escalas a las que ahora nos estamos refiriendo, sólo tendría sentido la impugnación de los preceptos reglamentarios que desviándose del mandato de la Ley, hubieran variado el reconocimiento de Escalas a extinguir o impuesto distintas formas de integración —que es lo solicitado en la demanda—, con vulneración del principio de legalidad y jerarquía normativa, consagrado en el art. 9.3 C.E., pero no sucede así en el presente caso, teniendo en cuenta el exacto ajuste de los respectivos Textos Legales.

Quinto. Por lo que atañe a los núms. 6 y 8 (o 10) del art. 5.º de las Normas Reglamentarias, su antecedente en la Ley se encuentra en la disposición adicional décima, donde precedido del epígrafe *adaptación del régimen del personal de las Escalas de Complemento*, se dispone que *los militares pertene-*

cientes a las Escalas de Complemento y de Reserva Naval se integrarán en las Escalas Medias o Básicas correspondientes en el caso de los Cuerpos Generales, de Infantería de Marina y de Especialistas de los Ejércitos. En el supuesto de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas se integrarán en las Escuelas Superiores o Medias correspondientes si poseen la titulación exigida para el acceso a las mismas; en caso contrario, permanecerán en sus Escalas de origen, declaradas a extinguir, y les será de aplicación lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de esta Ley.

La correcta correspondencia entre la Ley y el Reglamento en esta materia hace que se encuentren carentes de justificación las alegaciones formuladas por los demandantes denunciando la falta de acomodación a Derecho del precepto reglamentario que, como expresa la resolución impugnada del Consejo de Ministros, no hace sino reproducir la norma establecida en la Ley).

Expuestos los fundamentos jurídicos que abonan la desestimación de la pretensión de nulidad de los preceptos reglamentarios reseñados, el paso lógico inmediato debería consistir en dictar un fallo congruente con aquellos razonamientos. Sin embargo, en las extensas y documentadas alegaciones de los escritos de demanda y conclusiones, se hace un planteamiento en que bajo la crítica de los aspectos formales del Reglamento, en realidad se está operando tangencialmente sobre los preceptos gemelos contenidos en la Ley que sirve de modelo, poniendo en tela de juicio su acomodación a las normas constitucionales. Por otra parte, en correspondencia con esta dialéctica impugnatoria, se formula en el *otrosi* del escrito de demanda la eventualidad del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, motivo por el que siquiera brevemente y, en todo caso, por cortesía procesal, pasamos a analizar las disposiciones que se impugnan por los demandantes, vistas ahora desde la perspectiva de los motivos de inconstitucionalidad denunciados.

Sexto. Respecto a la viabilidad procesal de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad referido a un proceso legal cuando en el proceso *a quo* se haya impugnado el reglamentario que lo reproduce, no cabe duda de su pertinencia. Es claro que, *también en estos casos, el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas reglamentarias impugnadas desarrollan o ejecutan* (cfr. STC 183/1992, de 16 de noviembre, F.J. 2).

En este orden de ideas, abundando en opiniones expuestas por el Abogado del Estado y en parte por los demandantes, es necesario tomar como puntos de partida dos referentes obligados a los que, reiterando jurisprudencia consolidada, alude la STC.99/1987, de 11 de junio: en cuanto a los límites de facultades del Poder legislativo, que *la noción de arbitrariedad no puede ser uti-*

lizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley; (FD. 4 a); y en cuanto al límite de los derechos subjetivos funcionariales, es indudable que el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar...; pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública, se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional... (cfr. id. F.J. 6).

Conviene asimismo recordar —como hace también la STC citada respecto a la Ley 30/1984, aplicable a los funcionarios civiles—, que la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cumple como uno de los principales objetivos, —definido en su Exposición de Motivos—, racionalizar la estructura de Cuerpos y Escalas para adaptarla a las necesidades de las Fuerzas Armadas; empeño que observado desde un horizonte de globalidad y generalidad, puede ser susceptible de discrepancia y de opciones, diferentes, de lege ferenda pero que dentro de los límites del proceso adquiere un valor secundario, teniendo en cuenta su objeto y fines.

Septimo. Según la tesis de los demandantes —y abordamos con ello el primer motivo de inconstitucionalidad denunciado—, la Ley 19/1973, de 21 de julio, que con el Reglamento de Especialistas de la Armada de 3-11-1981, constituía la normativa fundamental por la que se regía el personal de la Escala Especial de la Modalidad A, se basaba en la igualdad esencial de régimen estatuario entre los Oficiales provenientes de las Escalas Básicas y los que accedían en virtud de la Ley 21-7-1973. Consecuentemente, el Decreto impugnado (y por elevación, la Ley), al ordenar la integración en las Escalas Medias de la nueva estructura de Cuerpos y Escalas actualmente en vigor incide en una doble *desviación*: produce por arriba una *ruptura* del enlace tradicional con el personal de la Escala Básica, al haber sido este último integrado en la Escala Superior de la nueva estructura: y por abajo debe soportar la *inmisión* de otro

personal militar que sólo reúne requisitos de formación e idoneidad muy inferiores y, por tanto, no equiparables a los de los Oficiales de la Escala Especial, Modalidad A de la Armada.

El examen de la citada normativa —constituida por la Ley 19/1973 y el Reglamento de 1981—, pone de manifiesto la ubicación de las citadas Escalas Especiales como Escalas auxiliares cuyos componentes aparecen regidos por unas normas estatutarias inspiradas en parte por el principio de equiparación con los empleos paralelos de la Escala Básica, pero también con sensibles diferencias, derivadas de los requisitos para el ingreso en el sistema de ascenso y limitación de grado etc. En resumen, suficientes coincidencias, tal vez, para la *viabilidad de una opción legislativa de distinto contenido pero también bastantes diferencias*, desde el plano de la estricta juridicidad, que descartan, desde luego, el presupuesto de identidad de situaciones que legitimaría en su caso, la tesis discriminatoria conforme a los arts. 9.3 y 23 CE.

Octavo. Alegan los demandantes que discrimina igualmente a los Oficiales de la Escala Especial Modalidad A, de la Armada, respecto a otros Cuerpos y Escalas que quedan a extinguir.

En este apartado se alude por los actores tanto al hecho en sí del reconocimiento de las repetidas Escalas Especiales Modalidad A con el carácter de Escalas *a extinguir*, como —a partir de dicho reconocimiento—, a la facultad de opción individual, conferida para la eventual integración voluntaria en las Escalas Medias de la nueva estructura orgánica.

Es claro que la especificidad de las regulaciones que se establecen para el personal de las diferentes modalidades y Cuerpos (cuyas peculiaridades del régimen estatutario anterior son patentes) necesitaría ser juzgado desde su objetivo finalista de racionalización e innovación, al que quiere responder el articulado de la Ley. Partiendo de este supuesto, carece de sentido la invocación de un derecho subjetivo a ser reconocido como Cuerpo *a extinguir*, reivindicando para la Escala Especial modalidad A; e igualmente, el invocarlo por referencia a la Escala Especial de la Modalidad B con la que guarda sensibles diferencias hasta el punto de que una de las motivaciones que haya podido determinar la catalogación como Escala *a extinguir*, de esta última modalidad, derivase de su mayor dificultad de homologación con las Escalas de la nueva estructura orgánica.

Noveno. La doctrina jurisprudencial consolidada en materia de derechos funcionariales viene manteniendo que, frente al poder organizatorio de la Administración, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquirirlos, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar, pero que no cabe alegar cuando entran de lleno en la potestas variandi de la Administración dado que la relación funcional es resultado de un acto condi-

ción por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un status legal y reglamentario sometido, en cualquier momento, a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede limitar así su situación anterior (cfr SSTS 25-2-1977, 8-5-1981, 29-11-1986, 23-1-1990 y 18-1-1993). Conforme a este criterio, y en el plano general desde el que se realiza el juicio valorativo hay que descartar tanto la relevancia constitucional como la lesión de derechos inherentes a la operatividad de las normas sobre integraciones de los diferentes grupos profesionales en el seno de la Escala Media y, específicamente, su repercusión sobre el status de derechos consolidados del personal de las Escalas Especiales Modalidad A.

En definitiva, pues, entiende la Sala que no se da la concurrencia de supuestos que determinarían el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sujeta al cauce procedimental y los requisitos que establece el art. 35 LOTC.

Decimo. Dados los términos del art. 131.1 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a formular declaración de condena en costas.

III. EVALUACIONES. Impugnación del R.D. 832/91 sobre Constitución de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes y de los Organos de evaluación correspondientes. No existe vulneración de la independencia y la inamovilidad de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejercen funciones judiciales. Improcedencia del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

T.S. (Sala 3ª, sección 7ª) Sentencia de 2 de abril de 1993

P.: Sr. Cáncer Lalanne.

El Tribunal Supremo, considera que al tener la condición de militares los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, es razonable la atribución, al Ministro de Defensa, de la asignación de destinos judiciales, el ejercicio de la potestad disciplinaria militar sobre quienes ejerzan funciones jurisdiccionales en cuestiones ajenas al ejercicio de la función judicial, y la aplicación a dicho personal de la normativa de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del personal militar profesional.

Fundamentos de derecho

Primero. Constituye el objeto de este proceso la impugnación, por Don... y otros cuatro miembros del Cuerpo Jurídico Militar, del Decreto 832/1991, de 17 de mayo por el que se constituyen las Juntas Superiores de los Cuerpos

Comunes de las Fuerzas Armadas y los organos de evaluación correspondientes, solamente en lo concerniente a la regulación que en el Decreto se realiza del Cuerpo Jurídico Militar. Consideran que el mismo es nulo por infringir el principio de jerarquía normativa, y, además el Decreto en cuestión es inválido por falta del trámite de audiencia del Consejo General del Poder Judicial, también que la norma recurrida, y el conjunto de normas reguladoras del régimen jurídico del personal militar, integrado por la Ley 17/1989, y disposiciones reglamentarias de desarrollo, entre las que se incluye la impugnada, al someter al estatuto de los militares profesionales dependientes del Poder Ejecutivo, el propio de quienes como ellos ejercen funciones judiciales, viola el principio de reserva de la Ley Orgánica que previene el art. 122 de la Constitución para los integrantes del Poder Judicial.

Segundo. En conexión con lo últimamente expuesto, estiman los actores que una serie de normas con rango de Ley, tales como las reguladoras del régimen de provisión de destinos, de la Ley Orgánica 4/1987, que atribuye competencia exclusiva al Ministro de Defensa, las de régimen disciplinario militar del art. 32 y otras sobre expedientes disciplinarios de la Ley Orgánica 12/1985, y de la Ley Orgánica 4/1987, ante todo, también sobre potestades disciplinarias, y ascenso e inspección, e incluso de la Ley 17/1989, sobre régimen del personal militar profesional que atribuye la condición de militar a todos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, integrantes de los Tribunales Militares, incurren en incostitucionalidad.

Tercero. Los términos en que está suscitado el litigio imponen el que se inicie el enjuiciamiento dilucidando si se dan, a primera vista, los requisitos previstos en los arts. 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la procedencia de que se susciten los trámites propios de las cuestiones de inconstitucionalidad; es decir, se determine si las normas tachadas de inconstitucionales son decisivas a efectos del fallo que ha de dictarse por este Tribunal, y si efectivamente son susceptibles de fundar dudas sobre su conformidad con la Constitución.

El primer requisito puede entenderse cumplido, pues efectivamente, cabe pensar que si llegara a decretarse, por el Tribunal Constitucional, la invalidez de las leyes citadas concernientes a la calidad de militares profesionales de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, o al sistema de ascensos, provisión de destinos judiciales, potestades disciplinaria e inspectora ministeriales sobre aquellos componentes judiciales del citado Cuerpo Jurídico, carecería de base el Reglamento objeto directo de este recurso, y consiguientemente la sentencia que se dictara por este Tribunal, vendría determinada por la decisión del Organismo Supremo de Control Constitucional.

Pero no ocurre lo mismo con el segundo de los requisitos enunciados, pues

no surgen dudas acerca de la constitucionalidad de las Leyes citadas y ello por los argumentos que se pasan a exponer.

Cuarto. En cuanto a las potestades disciplinarias, estiman los actores que el art. 32 y el Título V de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario Militar, vulneran la Constitución, en los aspectos relativos a independencia e inamovilidad judicial, por cuanto atribuyen al Ministro de Defensa potestades disciplinarias sobre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejercen funciones judiciales y no les excluyen de la regulación general de los expedientes gubernativos. El mismo reproche se hace a los arts. 122 y 123 de la Ley Orgánica 4/1987, que alude igualmente a esa competencia ministerial disciplinaria, y al 127 de esta Ley, que concede al Ministro de Defensa potestades inspectoras respecto de los Juzgados Togados y Tribunales Militares Territoriales.

La argumentación actora no es bastante para fundar un juicio de inconstitucionalidad sobre esas normas. Y ello es porque el sistema elegido por el legislador para dar cumplimiento a la previsión constitucional del art. 117.5, Constitución Española, de que la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense, se ha concedido la posibilidad de desempeñar destinos judiciales en los Tribunales Militares, a los componentes de un Cuerpo Común de las Fuerzas Armadas —arts. 13 y 27 de la Ley 17/1989—, como es el Jurídico Militar, cuyos miembros tienen la condición de militares profesionales, y desde esa perspectiva, es razonable que se atribuyan competencias disciplinarias sobre ese Cuerpo Común Militar a las Autoridades que ejercen potestades disciplinarias respecto de los miembros de la profesión militar, cuando los hechos determinantes guarden exclusivamente relación a esa condición de militar profesional y sean ajenos al ejercicio de la función judicial, que en su caso aquéllos, también desempeñen, en cuyo aspecto legislador, atendiendo a los mandatos constitucionales de independencia e inamovilidad, que los recurrentes invocan en su favor, en la misma, ha reservado, en la Ley Orgánica 4/1987, a otros órganos no ministeriales, sino relacionados con el Poder Judicial —art. 138— Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, Comisión Disciplinaria y Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Y ello después de una minuciosa regulación en esta Ley Orgánica 4/1987 —arts. 128 a 148— de las faltas disciplinarias judiciales, y del procedimiento para su imposición.

Quinto. En relación a los arts. 120 y 127 la tan nombrada Ley Orgánica 4/1987, que también citan los actores junto a los antes aludidos, no se comprende cómo se puede cuestionar su constitucionalidad, pues el primero se limita a indicar que los militares —y entre ellos por tanto, los componentes del Cuerpo Jurídico— no podrán ejercer funciones judiciales donde actúen habitualmen-

te como Abogados sus parientes próximos, o que no podrán ocupar destino de órgano judicial del que formen parte determinados parientes, lo que precisamente es una previsión normal de los estatutos judiciales para garantizar la imparcialidad de sus miembros, que es previsión constitucional, del art. 127, no atribuya al Ministro de Defensa facultad inspectora directa sobre órganos judiciales militares, sino únicamente le permite instar de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central la inspección de alguno de aquellos órganos, facultad que es lógica consecuencia del carácter de militares profesionales que permanece en quienes por pertenecer al Cuerpo Jurídico y ocupan destinos judiciales.

Sexto. Respecto a la atribución al Ministro de Defensa, de la asignación de destinos judiciales —arts. 37, 47, 54, 63, 75 y 77 de la Ley Orgánica 4/1987—, la conformidad con la Constitución deriva de la condición ya indicada de militares profesionales, de los miembros de la justicia militar (de la totalidad, tanto togados, como puramente militares), que hace razonable la intervención del competente y superior órgano administrativo en materia de defensa, con mayor razón cuando en los preceptos citados los nombramientos se efectúan a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, que es órgano encuadrado plenamente en el ámbito judicial militar. El único componente de los Tribunales Militares, cuyo nombramiento no exige la propuesta de un órgano judicial, es el Presidente del Tribunal Militar Central. Esta peculiaridad, como la de los demás nombramientos, en comparación al sistema que se sigue en la Ley Orgánica 6/1985, para la Jursidicción Ordinaria, que es el que parecen echar de menos los actores, se debe a las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, y a los contenidos que también por imperativo constitucional —art 8.º e inciso final del art. 117.5 de la Constitución— están llamados a cumplir en el ámbito de la sociedad española, y a la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que desempeña un papel particularmente relevante el mantenimiento de la disciplina, que no se dan en el ámbito y actuación de la jurisdicción ordinaria, y que explican la mayor intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en las asignaciones de destinos judiciales militares. Debiendo por otro lado resaltarse que el art. 97 de la Constitución, en su inciso 1.º expresa que el Gobierno dirige la Administración Militar y la defensa del Estado.

Septimo. En último lugar, es inconsistente la alegación de inconstitucionalidad de la Ley 17/1989, fundada en que según los actores someten a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar al mismo régimen estatuario del personal militar de las Armas y Cuerpos del Ejército. Y esto porque es incierto que el personal componente de los órganos judiciales militares procedentes del Cuerpo Jurídico tenga el sometimiento alegado, por cuanto en la Ley Orgánica 4/1987, se dedican los Títulos VIII y IX a la regulación de las personas con funciones en la Administración de la Justicia Militar, y a la inspección, responsabilidad

disciplinaria y potestad correctora sobre los mismos que son los aspectos relevantes en plano constitucional y en cuanto componentes del Poder Judicial de ese Cuerpo Jurídico (lo que, por otra parte, deja sin contenido la alegación de inconstitucionalidad de esa Ley 17/1989 y del Decreto 832/1991, derivada del incumplimiento del principio de reserva de Ley Orgánica para el Estatuto de los Jueces Militares). Deduciéndose la aplicabilidad a este Cuerpo Jurídico Militar de la normativa general sobre régimen jurídico militar, de su condición de militares profesionales, que no choca con la Constitución, ya que no existe un mandato en esa Suprema Norma que imponga la exclusión de la condición de militares profesionales, para los que desempeñen cometidos judiciales en la Jurisdicción Militar, puesto que la Constitución se limita en el art. 117.5 a encomendar al legislador, la regulación de esa jurisdicción, resaltando que ha de serlo para actuar en el ámbito puramente castrense, y en los supuestos de estado de sitio, con lo que se da a entender que no puede desdeñar el legislador, al realizar la regulación, los imperativos derivados de los fines y cometidos del Ejército, según la propia Constitución.

Octavo. Entrando a conocer de los que constituye la impugnación directa del Decreto 832/1991, razones de lógica jurídica exigen que el enjuiciamiento se inicie por la alegación formal de falta de informe del Consejo General del Poder Judicial, durante la elaboración de la norma reglamentaria impugnada. Sobre cuyo particular cabe decidir que esta norma y la Ley 17/1989, de la que inmediatamente deriva, constituyen un conjunto normativo aplicable inmediatamente al personal militar profesional, y dentro de él a los integrantes del Cuerpo Jurídico Militar en cuanto militares profesionales, abstracción hecha de que desempeñen, o no, funciones judiciales. Corresponde pues, a un momento cronológico y lógico anterior a su integración en el Poder Judicial dado que la intervención de las Juntas de Valoración reguladas en el Decreto 832/1991, se refiere a las aptitudes para ocupar empleos militares: de modo que sólo después, cuando según el sistema de los arts. 37, 47, 54... y demás concordantes de la Ley Orgánica 4/1987, alguno de ellos, con empleo militar suficiente, sea designado para un puesto judicial militar, se planteará la necesidad de que entre en juego la reserva constitucional de Ley Orgánica.

Mandato que no ha sido desconocido por el legislador, puesto que, como ya se dijo, mediante la citada Ley Orgánica 4/1987, ha regulado en forma y con rango constitucionalmente bastante los aspectos estatutarios del Cuerpo Jurídico Militar, cuando actúen en funciones judiciales. Es decir, resultaba innecesario que se sometiera a informe del Consejo General del Poder Judicial, tanto el Decreto ahora recurrido, como la Ley 17/1989, porque no se refieren al Cuerpo Jurídico Militar, como integrantes del Poder Judicial.

Noveno. En relación a la vulneración del principio de jerarquía normativa, los recurrentes entienden que deriva de que mediante el Decreto impugnado se encomienda a un órgano de composición política e inmediatamente dependiente del Poder Ejecutivo *el absoluto control y libertad de actuación sobre las carreras y el estatuto profesional de todos los miembros de dicho Cuerpo —el Jurídico Militar— que desempeñen funciones judiciales o administrativas, en forma idéntica a los otros Cuerpos Comunes de la Defensa (Sanidad, Intervención y Músicos)* infringiendo los principios de independencia, inmovilidad, sometimiento exclusivo a la Ley y derecho a Juez predeterminado de los arts. 117.1.2 y 122 y 24 de la Constitución y art. 1.º de la Ley Orgánica 6/1986, así como de los 1º, 6º y 8º de la Ley Orgánica 4/1987. Mas tampoco es atendible esta alegación, pues el decreto en cuestión, tal como se ha razonado en el fundamento anterior se limita a regular la intervención de unos organismos que actúan durante la permanencia de los componentes del Cuerpo Jurídico en su condición de simples militares profesionales, o respecto de aspectos concernientes a esa faceta profesional, en coordinación con las demás normas reglamentarias y legales que establecen el régimen jurídico general de los militares profesionales, disponiendo si acaso el Decreto 832/1991, alguna peculiaridad, en razón del componente técnico jurídico de la específica función del Cuerpo Jurídico que justifica el sometimiento del mismo a unos órganos de control e informe, propios y distintos de los Consejos Superiores de cada Ejército que desempeñan funciones similares a las de las Juntas respecto de los demás Cuerpos Militares.

Decimo. Por lo expuesto procede la desestimación del recurso, sin que se observe temeridad o mala fe procesal a efectos de una condena por las costas procesales causadas.

IV. RETRIBUCIONES. Desestimación de petición de compensación económica por la prestación de guardias de armas y seguridad.

T.S.J. de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo, sección octava). Sentencia de 27 de noviembre de 1992.

P.: Sr. Delgado Rodríguez.

El Tribunal considera que los guardias son un servicio ordinario, habitual y en ningún caso susceptible de asimilación al concepto de servicio extraordinario, ni a efectos de retribuciones ni a ningún otro.

Fundamentos de derecho

Primero. El recurrente, cuyo empleo militar es de Teniente de Infantería de la Escala Especial de Mando del Ejército de Tierra, con destino en el R.I.A.C. Alcázar de Toledo nº 61; mediante instancia presentada el 10 de julio de 1990, y cursada en concepto de derecho de petición con entrada de 13 de julio de 1990, solicitó: *Se considere su legitimidad como planteamiento de un problema general que también afecta al interesado, y que, en analogía con los criterios que rigen en la Administración Civil del Estado, le sean abonadas, en la cuantía que, por su empleo y grupo de clasificación, se asigne, las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio, con carácter retroactivo de 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley 17/89, de 19 de julio, y con los intereses de mora que pudieran tener lugar.*

Al entender incardinada dicha solicitud en el ámbito del ejercicio del derecho de petición regulado para los miembros de las Fuerzas Armadas por el Decreto nº 93/62, de 18 de enero, que desarrolla la Ley 92/60, de 22 de diciembre. Y en consecuencia jurídica, no siendo recurribles las resoluciones administrativas que ponen fin a los expedientes tramitados en materia del derecho de petición, la resolución definitiva del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, de 19 de septiembre de 1990, carecía de ofrecimiento de recurso alguno en vía administrativa.

En atención a dicha circunstancia el interesado interpuso el presente recurso contencioso-administrativo el 14 de diciembre de 1990, formalizando la demanda el 10 de abril de 1991, que fue contestada por la Abogacía del Estado el 30 de abril de 1991.

En el suplico de la demanda, se añade como punto tercero: *Que a esta parte demandante, se le reconozca el derecho a percibir una retribución económica a una compensación equivalente en tiempo de descanso por la prestación de los servicios que excedan del horario general establecido en el ámbito del Ministerio de Defensa.*

Segundo. El abogado del Estado opone a la demanda en primer lugar, la omisión del preceptivo recurso de reposición en vía administrativa según ordena el art. 52 de la L.J.C.A.. Pero dicha Ley general, tiene en caso del ejercicio del derecho de Petición la cualificación técnica distintiva, consistente en que tanto la Ley 92/60, de 22 de diciembre; como el Decreto nº 93/62, de 18 de enero, no prevén la precisión de interponer recurso alguno en vía administrativa, previa a la judicial.

Prueba de ello es que la propia resolución objeto del presente recurso contencioso-administrativo, dictada el 19 de septiembre de 1990, no concede recurso administrativo, quedando agotada dicha vía. Deduciéndose de la Sentencia

de 17 de noviembre de 1983, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (R. 5054), dicho criterio.

Tercero. A continuación, la Abogacía del Estado, pretexta desviación procesal, al comparar los suplicos de la petición inicial y de la demanda, teniendo razón en parte, porque es evidente que el exceso de horario general establecido en el ámbito del Ministerio de Defensa, es una cuestión nueva, no suscitada expresamente en el *solicita* de dicha petición. Solo pudiéndose enjuiciar los aspectos coincidentes en ambos suplicos; es decir, el concepto indemnizatorio por razón del servicio, y quedando exceptuados los extremos discordantes; según determina la jurisprudencia relativa a la figura jurídica de la desviación procesal en el ámbito contencioso-administrativo, desarrollada en Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1988; 20 y 26 febrero, 7 y 17 de noviembre de 1987; 4 de abril de 1989, 5 de julio de 1989 y 12 de enero de 1990.

Y, desde luego, según la Sentencia del mismo Tribunal de 12 de febrero de 1960, no es posible la aplicación analógica entre actuaciones administrativas, debiendo el peticionario estar a lo que resulte de la decisión concreta sobre lo solicitado en su caso, sin poder realizar interpretación extensiva derivable de distintas acusaciones, que no guardan relación directa e inmediata con la petición de que se trate.

Cuarto. En cuanto al fondo del asunto, la pretensión inicial mantenida en el recurso, busca su fundamentación en la Orden 37/84, de 17 de junio, por considerar que debe respetarse el horario fijado en ella con carácter general y en el ámbito del Ministerio de Defensa. En el art. 2.1 de la Orden citada se establece con carácter general el horario que ha de regir en el ámbito del Ministerio, y en la misma Orden se efectúan dos matizaciones de las que no se puede prescindir:

En primer lugar, y en su art. 4, se dispone que con independencia de lo establecido en los artículos anteriores, entre los que se recoge el art. 2 que fija el horario general, se cubrirán las guardias y servicios que se determinan en las RR.OO. particulares de cada Ejército, y se señala que el militar en situación de actividad, cualquiera que sea su destino se encontrará en situación de disponibilidad permanente para el servicio.

En segundo término, en el art. 5, se establece que las Unidades de Fuerza y Apoyo a la Fuerza de los tres Ejércitos, adaptarán el horario general a las necesidades específicas diarias de los planes de instrucción y adiestramiento; ello significa que el ámbito del Ministerio de Defensa al que se alude en el art. 2 de la Orden es el específico del Órgano Central, ampliable a los organismos y entidades en que se desempeñan actividades burocráticas, en tanto que las unidades operativas y de apoyo tendrán otro horario que será la consecuencia de las necesida-

des específicas diarias que quedan apuntadas, y para su determinación, la propia O.M. en su art. 7º atribuye a los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército y al Subsecretario de Defensa, hoy Secretario de Estado de Administración Militar, en el ámbito de sus respectivas competencias, la facultad de dictar las resoluciones que sean necesarias para la aplicación del régimen de horarios establecidos en la misma Orden, régimen de horarios que se diversifica, diferenciando las Unidades y Centros de Fuerza y Apoyo a la Fuerza del resto de las dependencias.

Consecuencia de lo expuesto es que el régimen de horarios de las unidades operativas no tiene por qué coincidir con el que se estableció en el ámbito de los Centros Administrativos propios del Ministerio de Defensa, y que, en todo caso, la propia Orden 37/84 salva las previsiones referentes a las guardias y servicios deducibles de las disposiciones recogidas en las RR.OO. particulares de cada Ejército, así como la disponibilidad permanente para el servicio de todo el personal militar. Y ya que la propia norma en que pretende ampararse salva el régimen diferente de los horarios y respeta los servicios de guardias y de otra naturaleza deducibles de las RR.OO. y de las necesidades específicas diarias de las unidades y centros de la Fuerza y Apoyo a la Fuerza de los Ejércitos, en consecuencia carece de fundamentación suficiente el recurso y debe ser desestimado en este aspecto.

Quinto. La pretensión se centra en que se reconozca el derecho a una indemnización por razón del servicio y en función de los prestados fuera del horario normal. Al estar regulada la cuestión referente a las indemnizaciones por razón del servicio en el R.D.236/83, de 4 de marzo y establecidos en dicha norma los casos que dan lugar a tales indemnizaciones, que se limitan a los perjuicios sufridos como consecuencia de comisiones de servicio, desplazamiento, traslados de residencia y asistencias a órganos colegiados y Tribunales, resulta que lo pedido queda fuera del marco legal que pudiera amparar la pretensión y, por tanto, carece de fundamento jurídico, razón por la cual debe ser desestimada.

El régimen de retribuciones del personal militar, establecido en el R.D. 359/89, de 7 de abril, señala, después de diferenciar las básicas de las complementarias, que las primeras estarán constituidas por el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias, y las segundas lo serán por el complemento de destino, el complemento específico, el complemento de dedicación especial y las gratificaciones por servicios extraordinarios. Del examen del art. 4 del R.D. 359/69, resulta que ninguno de los conceptos retribuidos complementarios es aplicable a los supuestos que se mencionan por el interesado. Y no cabe desviar la pretensión en el sentido de que la prestación de servicios sea compensada con una equivalencia en tiempo de descanso al de la duración de los prestados que excedan del horario general establecido, lo que supondría aplicar en esta relación de servicios, regulada por el régimen estatutario que le corres-

ponde, principios y criterios propios del orden laboral, que, por su naturaleza, le son ajenos; y no extrapolables al ámbito funcional administrativo.

No impugnándose la norma jurídica que rige el sistema de retribuciones, resulta que lo solicitado no encuentra amparo legal en la normativa aplicable, y, en consecuencia, también debe desestimarse la pretensión por este motivo.

Sexto. Las alegaciones formuladas en el recurso en relación con la interdicción de la arbitrariedad, la prohibición de la discriminación y la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, que se efectúan por el demandante en los apartados e) a h) de mismo fundamento jurídico tampoco son eficaces para desvirtuar la realidad de que la prestación de servicios ordinarios en las FAS conlleva la realización de actos que exceden del horario fijado en el ámbito del Ministerio de Defensa por la Orden 37/84, sin perder por ello su carácter ordinario, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 132 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por R.D. 2945/83, de 9 de noviembre, en el que queda patente que las guardias son un servicio ordinario, habitual y en ningún caso susceptible de asimilación al concepto de servicio extraordinario, ni a efectos de retribuciones ni a ningún otro.

Así pues, las alegaciones jurídicas recogidas en los apartados de referencia no son susceptibles de prosperar. No constando transgresión alguna de los arts.: 171 y 220 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, en relación a su art. 185, todos ellos, comprendidos en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

Por otra parte, la referencia que el actor realiza en su demanda al art. 9, nº 3 de la Constitución no puede ser tomada en consideración al estar carente de fundamentación suficiente, limitándose dicha referencia a una mera cita pero sin exposición de las razones por las que se consideran vulnerados los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, retroactividad o interdicción de la arbitrariedad, cuando, además se viene aduciendo que su interpretación se pretende en relación al art. 10, nº 2 de la Constitución, y al art. 23, nº 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el art. 4, nº 2 de la Carta Social Europea.

También alega la posible vulneración del art. 14 de la misma Constitución, por cuanto se habría producido una posible discriminación. Al respecto, cabe recordar que como ya ha tenido ocasión de señalar reiteradamente esta Sección, el derecho fundamental contenido en el art. 14 de la Constitución confiere a todos los españoles el derecho a no soportar ni un perjuicio, ni una falta de beneficio, desigual o injustificada, en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos, criterios jurídicos y normativos, tanto por los que contienen en las normas jurídicas, como por los criterios jurídicos que se adopten en aplicación de tales normas, ya que la igualdad del art. 14 lo es ante la Ley y ante la aplicación de la Ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/84, 64/84, 49/85, 52/86, etc.).

Ahora bien, no toda desigualdad de trato en la Ley o en la aplicación de la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable.

En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable.

A efectos de aquella primera comprobación, es indispensable que quien alega la infracción del art. 14 de la Constitución aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato.

A falta de ello, toda denuncia de discriminación carece de relevancia desde la perspectiva del citado art. 14 (Sentencias del Tribunal Constitucional 72/86, 62/87, 68/89, 162/89, etc.). Y al no ser válido el término de comparación utilizado no puede concluirse con la afirmación de una pretendida discriminación; que nunca puede producirse fuera de la legalidad.

Así pues, y de conformidad al art. 83, nº 1 de L.C.J.A., por ajustarse a Derecho la actuación administrativa objeto de impugnación por medio del presente recurso contencioso-administrativo procede su desestimación sin que haya méritos suficientes para realizar expresa imposición en costas según determinan los arts.: 130, nº 2, b) y 131, nº 1 de dicha Ley procesal. Y tratándose en definitiva de una cuestión litigiosa en materia de personal o asimilable a la misma, no es susceptible la actual sentencia de recurso de Casación con arreglo a lo dispuesto por el art. 93, nº 2, letra a) de la L.J.C.A.

V. SECRETOS OFICIALES. Para garantizar la salvaguardia de la documentación clasificada es legítimo seleccionar al personal que pueda acceder a ella mediante cuestionarios en los que se formulen preguntas relativas al carácter, personalidad, etc., si bien tales preguntas no pueden suponer una vulneración del núcleo o contenido esencial de ninguno de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

T.S. (Sala 3ª, sección 6ª). Sentencia de 14 de noviembre de 1992. P: Sr. Sanz Bayón.

Los cuestionarios no pueden vulnerar el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales, pero sí pueden suponer una no esencial limitación o atenuación de tales derechos, siempre que exista una adecuada relación de pro-

porcionalidad entre a restricción del derecho fundamental y el fin constitucional de seguridad del Estado.

Fundamentos de derecho

Primero. Por la representación legal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras se impugna la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 8-6-1990 que desestimó el recurso interpuesto contra el acuerdo del Ministerio de Defensa, aprobatorio del formulario MSI-02 Cuestionario Personal (Manual de Seguridad Industrial de las Fuerzas Armadas) y contra la Resolución del Ministerio de Defensa, en reposición de 10-7-1986.

La parte apelante aduce que lo realmente impugnado, y que es objeto de examen crítico es si en la selección de personal laboral en las empresas contratistas en cuanto a acceso a determinados puestos de trabajo conectados con la Defensa Nacional se ha de valorar como criterio importante en esta selección la respuesta que debe darse al cuestionario MSI-02 y especialmente a las preguntas contenidas en los núms, 13, 15 y 17 del citado cuestionario.

Segundo. Tal como se explicita en el texto preliminar de la Ley de Secretos Oficiales de 5-4-1986, modificada por la de 7-10-1978, si bien la publicidad ha de ser característica del proceder de los órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del Estado o los intereses de la colectividad nacional.

Independientemente de las pertinentes normas penales sancionadas para proteger la seguridad del Estado y los secretos oficiales, es la propia Administración la que debe establecer medidas preventivas de protección eficaces para garantizar que los documentos o materiales en que físicamente se reflejan los secretos, no puedan ser conocidos más que por aquellas personas, que por razón de su cometido estén autorizadas para ello.

Y así en el art. 2.º de dicha ley se establece, que a los efectos de la misma podrán ser declaradas «materias clasificadas», los asuntos, actas, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas, pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y la defensa del Estado.

Por otro lado, el art. 37.5, el 69.3 y el 87.4 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, determinan la contratación directa en cuanto a obras, servicios o suministros respecto de los cuales la seguridad del Estado o la protección de los intereses esenciales de esa seguridad exija garantías especiales.

Naturalmente, que tanto respecto de las materias clasificadas, como de las cláusulas contractuales expresivas de tales garantías especiales, han de estimarse plenamente ajustadas a la antecitada normativa aquellas limitaciones o restricciones de los derechos subjetivos o individuales, no atinentes a la esencia o núcleo de los derechos fundamentales, que persigan el mantenimiento de la confidencialidad de los secretos oficiales, documentación clasificada o de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Como bien expresa la STC nº 42 de 10-4-1986 no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba la S. 8-4-1981 en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva, de una manera mediata o indirecta, de la Norma en cuanto ha de justificarse por la necesidad de preservar o proteger no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionales protegidos.

La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

Tercero. Como acabamos de ver, la Ley de Secretos Oficiales, en definitiva, sólo permite el acceso a las materias clasificadas a las personas especialmente facultadas para ello y la Ley de Contratos del Estado, faculta a la Administración para celebrar directamente contratos con las empresas privadas que estime adecuados, cuando el objeto de los mismos afecte a la seguridad del Estado o a la protección de los intereses esenciales de esa seguridad. Es claro, pues, que cuando está o puede estar cuestionada la seguridad estatal en el desarrollo de una relación contractual, la Administración tiene amplias facultades para elegir la empresa o entidad que ha de verificar y realizar el objeto contractual, en aras precisamente de garantizar esos altos intereses del Estado.

Nuestra Constitución en su art. 30, afirma que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España y el 105 de su apartado b) especifica que las leyes regularán el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado.

Es la propia Constitución, como vemos, la que reconoce, y protege de modo especial el secreto o conocimiento restringido de los contratos, documentos, archivos o registros que pueden afectar a la seguridad del Estado u otros altos intereses nacionales integrados en la defensa del Estado.

La Ley de Secretos Oficiales y la de Contratos del Estado, en los aspectos antes citados, no son sino aplicaciones concretas del principio fundamental constitucional garantizador a ultranza de la seguridad del Estado.

Cuarto. Es claro, que en aplicación de tales principios, la Administración no sólo puede en aras de tal finalidad seleccionar las empresas ejecutorias de contratos públicos sino también, en el modo y medida idóneas a esos fines, seleccionar el personal laboral de tales empresas cuando el desempeño de tales trabajos, implique el conocimiento o acceso a cuestiones u objetos relacionados con la defensa nacional o la seguridad del Estado.

Para garantizar la salvaguarda de la seguridad industrial que forma parte de la seguridad del Estado, así como de los medios e instalaciones que sirven a la defensa nacional a través de una necesaria selección del personal trabajador, precisamente uno de los instrumentos de tal selección o control previo de tal personal es el de someterlo a un «test» determinado de cuestiones o preguntas, que permitan desvelar su carácter, personalidad, etc., a los escritos fines de prevenir la mejor salvaguarda de las cuestiones atinentes a la seguridad nacional o del Estado en que va a verse implicado en el desarrollo de su trabajo.

La única cuestión esencial, se centra en cohonestar las exigencias de la seguridad del Estado con la formulación de las diversas preguntas integradoras de la prueba de selección, que en ningún caso puede implicar ningún gravamen o perjuicio en la promoción profesional del trabajador, al ir exclusivamente dirigida a la finalidad de preservar tal seguridad.

Es claro que en ningún caso, ninguna pregunta o *item* puede suponer la vulneración del núcleo o contenido esencial de ninguno de los derechos fundamentales proclamados como tales en nuestra Constitución.

Sin embargo, si pueden suponer una no esencial limitación o atenuación de tales derechos, esos criterios selectivos, siempre que exista una adecuada relación de proporcionalidad entre la restricción del derecho fundamental y el fin constitucional de seguridad del Estado.

Quinto. Frente a lo expuesto por la parte apelante, hemos de afirmar que efectivamente, un elemento de valoración a tener en cuenta por las empresas o Administración en esta selección de personal, es la respuesta que se dé a las citadas preguntas aunque ha de entenderse que tales respuestas han de ser valoradas, única y exclusivamente a los preventivos fines de la debida salvaguarda de la seguridad del Estado, no existiendo ninguna vulneración de derechos de libertad ideológica, o de la intimidad personal, siempre que se guarde la debida proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental respecto a la garantía constitucional de la seguridad del Estado.

La utilización de estos criterios selectivos no puede implicar un perjuicio o gravamen en cuanto a la promoción profesional o económica o acceso a puesto de trabajo, indiferente a los fines de la tan repetida seguridad del Estado.

Como consecuencia de todo lo expuesto, en relación, con las preguntas del Cuestionario impugnado por el apelante, y relacionados en la demanda, hemos de decidir que las 9.4.4 y 9.4.6, hechas a un ciudadano que sea extranjero, sobre fecha y lugar de las anteriores entradas, en España, con la ruta de los viajes y su finalidad, así como que explique por qué no ha solicitado la nacionalidad española, no vulnera de modo esencial ni el art. 10, ni el art. 13 de la Constitución, ya que tal enunciación, de ningún modo impide al ciudadano extranjero, el disfrute y ejercicio de los derechos constitucionales y libertades, y precisamente al tratarse de un ciudadano extranjero, es donde tales preguntas y sus consecuencias guardan una justa y evidente relación de proporcionalidad entre la posible leve restricción de esos derechos y la seguridad del Estado.

Lo mismo cabe decir de las preguntas núms. 12, 14 y 15, toda vez que la relación de los lugares de residencia desde la mayoría de edad, los países extranjeros visitados, o el nombre y apellidos de los padres, cónyuge, hijos y hermanos mayores, no afectan sustancialmente al derecho fundamental reconocido en los arts. 19 y 18 de la Constitución, porque tales preguntas y respuestas no vulneran el derecho a elegir la residencia y a circular por el territorio nacional, o entrar y salir de él, ni la intimidad personal y familiar, que sólo muy levemente puede verse afectada por expresar los nombres y apellidos de sus familiares, que sin embargo está en lógica relación *ad hoc* con la finalidad perseguida.

Sin embargo la pregunta núm 13, sobre indicación de Organizaciones o Asociaciones con las que tiene o ha tenido relación, sí implica una vulneración esencial del derecho fundamental precisado en el art. 16.2 de la Constitución, en el que se preceptúa que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, puesto que la pertenencia a una Agrupación o Asociación política, o sindical religiosa o cultural determina y presupone de hecho, una concreta ideología, religión o creencias que se ve coaccionado a declarar, así como la número diecisiete sobre sanciones impuestas por autoridades civiles o militares, toda vez que ello puede implicar un ataque al honor o intimidad personal, grave y directo, garantizando en el art. 18.1 de la CE. y al derecho a la presunción de inocencia y a no confesarse culpable, del art. 24 del mismo cuerpo legal, por lo que procede estimar parcialmente el recurso en lo atinente solamente a las preguntas núms. 13 y 17, desestimando el resto de los pedimentos.

Sexto. No procede hacer expresa declaración sobre costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

VI. SITUACIONES. Diferencias entre el retiro y la reserva del personal militar profesional. No es inconstitucional la disminución de las retribuciones del personal en reserva.

T.S. (Sala 3ª, sección 7ª). Sentencia de 31 de mayo de 1993.

P.: Sr. Conde Martín de Hijas.

El recurrente impugnó el Reglamento general de retribuciones de las Fuerzas Armadas aprobado por R.D. 1494/91, calificando de inconstitucional la mino- ración de las retribuciones del personal militar que pasa a la situación de reser- va, y equiparando a estos efectos la situación de reserva de los militares con la de jubilación de los funcionarios civiles.

El Tribunal rechaza esta equiparación, y considera que la situación de reser- va, más que un perjuicio, es un paliativo beneficioso ante la eventualidad posi- ble de una jubilación que, aún temprano, pudiera ser razonable y justificada en relación con la función que se desempeña.

Fundamentos de derecho

Primero. Se interpone el presente recurso contra el art. 10.5 del RD 1494/1991 de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas.

El Abogado del Estado alega inadmisibilidad del recurso conforme a lo dis- puesto en el art. 40.a) de la Ley Jurisdiccional, basándose en el dato de que el art. 10.5 impugnado es reproducción literal del art. 8.º 6 del RD 359/1989 de 7 de abril, que no fue impugnado por el recurrente, lo que, en su criterio, le veda la posibilidad de impugnar idéntica disposición en el nuevo Real Decreto, pues ello sería contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9 CE.

El Abogado del Estado sale al paso de la jurisprudencia de esta Sala, con- tenida en SS. 17-1-1990 y 17-11-1982, que rechazan la alegación de esta cau- sa de inadmisibilidad, cuando se trata de sucesivas disposiciones de carácter ge- neral, que reiteran el contenido de disposiciones anteriores, aduciendo que en este caso no se trata de que la Administración tuviera el propósito de dictar una nue- va disposición, sino simplemente de suplir lagunas de la anterior, refundiendo en un nuevo texto las normas nuevas con las de la precedente, siguiendo una de las dos opciones indicadas por el Consejo del Estado en su informe.

La tesis no es aceptable, pues el hecho de que el actual Real Decreto pudie- ra no haberse dictado con su concreto contenido, y que en su lugar pudiera haber- se dictado una norma más escueta, complementaria del Real Decreto preceden-

te, que no incluye el contenido hoy cuestionado, manteniendo la vigencia del texto anterior, no niega la realidad, como hecho normativo, de la novedad del actual Real Decreto, diferenciable del Real Decreto por él derogado. Si la Administración, en la opción que indica su representante procesal, se decidió por una de las dos alternativas, que indicaba como posible el Consejo de Estado, no es lógico negar a la elegida su propia entidad normativa, y pretender que el tratamiento a dar a la misma sea el correspondiente a la alternativa abandonada.

Conserva, pues, todo su sentido la jurisprudencia a que alude el Abogado del Estado, en función de la cual debe desestimarse la causa de inadmisibilidad alegada.

Es lógico entender que cuando en la Ley rectora de esta Jurisdicción, en la que en reiterados preceptos se alude como entidades jurídicas distintas a los actos de la Administración Pública y a las disposiciones (Vid. arts. 1.º, 28.1, 29.1, 30.1... etc.), se alude en su art. 40 a actos, se está utilizando un concepto estricto de éstos, no extensible a las disposiciones.

Por lo demás no es admisible que se tache de ejercicio contrario al art. 7.º del Código Civil, como hace el Abogado del Estado, lo que es simple utilización de un recurso jurisdiccional, como expresión procesal del derecho constitucional de tutela judicial efectiva.

Segundo. Entrando en el fondo del recurso, la demanda, bajo el capítulo de hechos, se extiende en consideraciones propiamente jurídicas, algunas no referidas al objeto del proceso, que no merecen un enjuiciamiento especial, y que sólo tomamos como antecedentes de los planteamientos propiamente impugnatorios contenidos en los fundamentos de derecho, a los que limitaremos nuestro análisis, y en concreto a los contenidos bajo el apartado *B. Relativo al fondo*, que examinaremos, siguiendo el propio orden de su proposición.

Se inicia con su apartado *a) Sobre la inconstitucionalidad de la disminución en las retribuciones del personal en reserva.*

En apoyo de esa pretendida inconstitucionalidad se invocan los arts. 9, el 23.2, el 33.3 y el 14 de la Constitución.

En cuanto al primero la parte se limita a la reproducción de parte de su contenido, sin indicar en qué sentido, o por qué causa, el precepto impugnado pueda vulnerar dicho precepto, por lo que su invocación se estima fuera de lugar, pues no se alcanza a comprender la hipotética relación de contradicción entre el precepto reglamentario y el constitucional.

En cuanto a la cita del art. 23.2 CE, cuyo contenido reproduce la parte, se alega que el derecho a mantenerse en el cargo, al que se accede, no puede tener variación ni trato desigual, tratándose de empleos militares en relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, hasta la edad común de retiro a los 65 años.

La alegación parte de un presupuesto implícito, ya adelantado en su anómalo relato de hechos, y reiterado en otros lugares de los fundamentos de derecho, que luego se examinarán, de equiparar la situación de reserva de los militares con la de jubilación de los funcionarios civiles, presupuesto que es de todo punto inaceptable, y cuyo rechazo priva de sentido y de relación con el caso la invocación del art. 23.2 CE.

Es clara en la Ley 17/1989, Reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional, la diferencia de entidades jurídicas entre el retiro, a que se refiere su art. 64, que es causa de extinción de la relación de servicios profesionales, y reserva, regulada en el art. 103, y que constituye una de las situaciones administrativas (art. 96.g) en que puede encontrarse durante su existencia dicha relación de servicios profesionales.

El error de la parte consiste en pretender la equiparación de entidades jurídicas heterogéneas como la jubilación de los funcionarios civiles y la reserva de los militares, situando una y otra en el marco del art. 23.2 CE, que en modo alguno se relaciona con el régimen de un concreto contenido de un cargo público.

La cita del art. 33.3 CE (como antes ocurriera con la del art. 9) se hace sin indicar en qué sentido pueda entenderse violado, sin que se alcance a comprender, si nos movemos en un plano de mínimo rigor jurídico, qué relación pueda establecerse entre tal precepto constitucional y el régimen retributivo correspondiente a la situación de reserva. La disminución de haberes entre los correspondientes a ésta y los propios de la situación de servicio activo, que es lo que cuestiona el demandante, en modo alguno puede calificarse jurídicamente como expropiación, de ahí que estimemos totalmente ajeno al caso el precepto constitucional invocado.

Por último, en cuanto a la cita del art. 14 CE, es en lo esencial reiteración del planteamiento expuesto al amparo del art. 23.2; esto es, la pretendida desigualdad de trato entre funcionarios civiles y militares. Se completa el planteamiento, afirmando que *no existen precedentes en ningún otro colectivo social que, anterior a la edad de jubilación estén afectados por una minorización en sus ingresos económicos en razón de edad, diferente a la fijada para las clases pasivas*.

Lo que pretende la parte, es un trato igual de situaciones diferentes, pues diferentes son en el punto que nos ocupa las exigencias de la profesión militar y civil, por el distinto grado de influencia negativa de la edad en las capacidades para desempeñarlas en términos de utilidad para el interés general.

En realidad, y habida cuenta de esa diferencia, y puesto que no sería rechazable de principio el que, en razón de ella, pudieran establecerse edades de jubilación distintas, la situación de reserva es más que un perjuicio, un paliativo beneficioso ante la eventualidad posible de una jubilación en edad que, aún tem-

prana, pudiera ser razonable y justificada en relación con la función que se desempeña. En definitiva tal situación supone que sin desempeño útil de una actividad propiamente tal, en la mayoría de los casos, se percibe una retribución casi equivalente a la del funcionamiento en situación de servicio activo, con la sola disminución de un 20 por 100 en los complementos de destino y específico.

Si se plantea con rigor jurídico la comparación con los funcionarios civiles y se tiene en cuenta no sólo el elemento retribución, sino también el correlativo elemento prestación profesional, resulta desacertado el presentar como desigualdad peyorativa la situación del militar en situación de reserva.

Tercero. Alega el recurrente (B.b) la *Inconstitucionalidad del RD 1494/1991 de 11 octubre*, y la funda en una pretendida extralimitación de su Ley habilitante, la disposición final tercera de la Ley 17/1989 de 19 julio, así como en una pretendida vulneración del art. 75.3 in fine de la Constitución en orden a la reserva de ley en materia presupuestaria.

En cuanto a la alegada extralimitación se trata de proposición apodéctica, que puede ser negada del mismo modo apodéctico.

Para superar tan inaceptable modo argumentativo, podríamos acudir a la anómala y confusa *relación de hechos*, que, como ya se advirtió, consiste más bien en consideraciones jurídicas. Allí se mantiene la tesis (*Quinto*) de que la disposición final tercera de la Ley 17/1989 debe ser de interpretación restrictiva cuando se trata de regular unos derechos tan esenciales como son las retribuciones del personal militar profesional que llega a la reserva por cumplir una edad que les aparta del servicio activo en las Fuerzas Armadas, para ocupar ciertos destinos, sin haber cumplido la edad de retiro y sin estar desvinculados de las normas militares para el personal en activo, incluso las disciplinarias.

No se advierte el por qué la disposición final 3ª, de la Ley 17/1989 deba ser objeto de una interpretación restrictiva; ni se indica tampoco por la parte cuál debiera ser el sentido de esa pretendida interpretación restrictiva.

Si prescindimos de la confusa vaguedad de esos planteamientos, y examinamos el sentido del precepto legal, y en relación con él el del precepto reglamentario cuestionado, deberemos llegar a la conclusión de que entre *las peculiaridades de la carrera militar*, está, como muy relevante la de la situación de reserva, del art. 103 de la Ley 17/1989, inexistente entre las previstas en la Ley 30/1984. Ello sentado, el que el Real Decreto derivado de la habilitación legal regule la retribución correspondiente a esa peculiar situación, y lo haga, manteniendo la casi integridad de la retribución, con la sola rebaja que más atrás se indicó, y pese a que no se den los que en general son los presupuestos normativos de los complementos disminuídos, en modo alguno evidencia una extralimitación de la norma habilitante, sino más bien un más que templado ajuste a la misma.

Y por lo que hace a la pretendida vulneración del art. 75.3 de la Constitución, lo que hay es una evidente confusión de la parte respecto al sentido de ese precepto. Que los Presupuestos Generales del Estado queden exceptuados del sistema de delegación del Pleno a las Comisiones, regulado en el párr. 2 del artículo, al que el 3 viene a exceptuar, nada tiene que ver con el hecho de que el Real Decreto impugnado pueda realizar el cometido normativo que cumple.

La alegación del precepto constitucional citada carece aquí por completo de sentido.

Desde el punto de vista más general de la reserva de ley en materia del estatuto de funcionarios públicos (art. 103.3 CE), que sería, en su caso, y no la indicada por el demandante, la perspectiva jurídica planteable, ya tenemos dicho en reiteradas sentencias acerca de la impugnación del RD 359/1989, precedente al aquí impugnado, que la reserva de ley no obsta a la colaboración del Reglamento, y que el cuestionado cuenta con la habilitación precisa, y no hace sino adaptar un sistema retributivo cuyas trazas esenciales están en la ley, por lo que no existe en absoluto extralimitación del Reglamento.

Cuarto. Se refiere el demandante a la *adecuación a la ley 30/1984 de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, como ley aplicable; al establecimiento en su art. 33 de la edad de jubilación a los 65 años; y al art. 33.3, apartados a) y b) sobre complementos de destino y específico, y a la ausencia en ellos de un criterio de disminución en un tanto por ciento antes de la fecha en la que por edad se pase a la jubilación.

Tal alegación carece de sentido, pues no se trata de que en la ley de funcionarios civiles no exista el criterio que simplistamente queda enunciado, y cuya enunciación distorsiona los datos normativos en juego, sino de que una situación administrativa, que la Ley 30/1984 no prevé, a la hora de adaptar su sistema retributivo a un orden funcional, en donde existe tal situación, como peculiaridad relevante, pueda justificar la concreta norma que aquí se impugna (art. 10.5); y si a dicha norma se le puede negar el carácter de adaptación del sistema de la Ley 30/1984 a las peculiaridades de la carrera militar. Así planteada resulta indiscutible tanto el sentido de adaptación, como la justeza de ésta.

De atenernos a los presupuestos conceptuales de la parte (el art. 23.3 a) y b) de la ley 30/1984), la dificultad lógica se debiera encontrar, no en la disminución de la cuantía de los complementos, sino en su subsistencia, sin sus presupuestos lógicos de servicio de destino y de ocupación por ello de un puesto de trabajo. La dificultad se salva desde luego por la peculiaridad de la carrera militar; pero el argumento de la parte es fácilmente reversible en su contra.

Quinto. Aduce el demandante *La Ley 17/1989, de 19 julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*, y se refiere a sus arts. 64, sobre reti-

ro, 72 y siguiente, en cuanto a destino y al ap. 10 del art. 103, que transcribe, tras cuyas citas legales afirma, en un salto lógico inexplicable, que en la interpretación literal de la disposición final 3ª de la Ley no puede el Real Decreto recortar un 20 por ciento de la cuantía de los complementos de destino y específico, *pues ni la misma Ley lo dice, ni la Ley 30/1984, a la que se remite en su adecuación, recoge ni ordena nada parecido a la discriminación arbitraria a que se contrae el ap. 5 del art. 10 de dicho Real Decreto.*

No entendemos, en un posible discurso coherente, la ilación interna de esos preceptos, en el modo en que se citan. En especial, la cita del ap. 10 del art. 103 resulta sorprendente como argumento de apoyo a la tesis impugnatoria de la disminución de haberes en la situación de reserva, pues cuando se produzca el llamamiento que ese precepto prevé, el afectado por él pasará a ocupar un destino, y entrará en juego en tal caso el párrafo final del ap. 5 del art. 10 del Real Decreto, según el cuál, *el personal en situación de reserva que ocupe destino percibirá en su totalidad las retribuciones correspondientes a la situación de servicio activo.*

Si tal es la posibilidad, no se explica que del precepto referido pueda extraerse consecuencia crítica alguna respecto a la disminución de haberes cuando no se sirve destino.

Y en cuanto a que en la literalidad de la disposición final 3ª, de la Ley no se establezca el recorte retributivo, es un argumento, totalmente inconsistente, pues de ello no se deriva ninguna imposibilidad para que lo haga el Real Decreto, habida cuenta de que la referida disposición legal carece de contenido propio en la configuración de las concretas retribuciones, limitándose a habilitar al Gobierno, marcándole una pauta de adaptación a la Ley 30/1984, con unas matizaciones, que, como ya hemos señalado antes, se han observado en este punto con pulcritud.

Sexto. Se refiere el demandante a *La Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en el art. 22.2, que pasa a transcribir, y al art. 24.2 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1992, sin más argumentos complementarios, indicadores de en qué sentido puedan resultar infringidos por el art. 10.5 del RD 1494/1991.*

Se puede entender el sentido de la cita, si acudimos al confuso relato de hechos, en el que se recoge la misma, para llegar a la conclusión de que no cabe establecer diferencias en los complementos de destino y específico entre funcionarios civiles y militares.

El argumento, sin embargo, no es atendible, pues las leyes de presupuestos referidas se limitan a fijar en abstracto las cuantías de los complementos, lo que es perfectamente compatible con el hecho de que las específicas normas de retribuciones, partiendo de esas pariguales cuantías, fijen porcentajes de ellas

razón de las diferentes dituaciones. Se insiste una vez más que lo problemático no es tanto el hecho de su subsistencia sin los presupuestos normativos básicos de los mismos; pero que ello se justifica por la peculiaridad de la situación administrativa.

En realidad lo que pretende la parte es percibir en la situación de retiro la misma retribución que en situación de servicio activo (así lo expresa en los pedidos b y c del suplico de su demanda), pese a que en la primera, en la mayoría de las situaciones, no se produce una prestación del funcionario correlativa a su retribución, y es claro que una pretensión tal carece de adecuada fundamentación normativa.

Septimo. Se cierran las alegaciones del demandante con la alusión final al art. 10, ap. 5 del Real Decreto 1494/1991 de 11 de octubre, al que imputa fijar un retiro adelantado para los funcionarios militares, en relación con el art. 103.a), b) y c) de la Ley 17/1989, así como una *discriminación manifiesta en relación a los de situación de actividad y redundando en desigualdad en la Ley, ante (sic; debe decir entre) aquéllos y los funcionarios civiles de la Administración del Estado.*

En primer lugar no es el Real Decreto el que fija lo que el demandante llama retiro adelantado, sino que es la Ley referida. En segundo lugar, no se trata de tal retiro, que como se indicó más atrás, supone la extinción de la relación funcional, sino de una situación administrativa, en la que esa relación subsiste. Y por último, es inaceptable hablar de discriminación, cuando los términos de comparación elegidos son cualitativamente distintos, pues ni en cuanto a los funcionarios militares pueden asimilarse las situaciones de servicio activo y reserva, ni entre aquéllos y los funcionarios civiles existe identidad de situaciones, al ser la de reserva exclusiva de los primeros. Falta pues, toda base lógica para poder hablar de discriminación.

Octavo. No se aprecian motivos que justifiquen una especial imposición de costas.

III. VARIOS

1. RECENSION DE LIBROS

FERNANDEZ-FLORES Y DE FUNES, José Luis: *Organizaciones Internacionales*. Madrid, 1992

Se ha escrito recientemente que los Estados —y, en realidad la humanidad— tienen intereses y necesidades comunes, lo que intensifica la cooperación internacional y un acelerado proceso de institucionalización. Asistimos así a la proliferación de organizaciones internacionales y regionales en un mundo cada vez más interdependiente (1). Al estudio de esta *cooperación institucionalizada* entre las naciones dedica esta útil obra el Profesor Fernández-Flores, Catedrático de Derecho Internacional, cuya biografía y bibliografía son sobradamente conocidas para necesitar de unas líneas de presentación a nuestros lectores.

El libro objeto de esta recensión no es novedad en la obra de su autor, que ya en 1988 había publicado los *Esquemas de Derecho Internacional Público. Organizaciones Internacionales*, reimpresión hecha con la finalidad de servir de guía a los alumnos de la asignatura *Derecho Internacional Público*. La misma intención didáctica preside la publicación que comentamos, en la que el autor no prescinde del rigor científico y de una adecuada sistematización, habiendo logrado el difícil equilibrio entre la utilidad del libro para la función pedagógica y una visión válida de las Organizaciones Internacionales, indispensable para quien quiera profundizar en el *contexto internacional de nuestros días*.

La tarea no es fácil. Como se dice en la Introducción, las Organizaciones Internacionales son cauce institucionalizado de las relaciones entre los Estados y, a la vez, sujetos del orden jurídico internacional, presentando una problemática peculiar en la que muchas de las cuestiones no han sido resueltas todavía de modo concluyente.

Y así, de la mano de una acertada sistemática, se describe la estructura de las Organizaciones Internacionales, en un plano preferentemente estático, sin

(1) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Funciones del Derecho Internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados*, en: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Civitas, Madrid, 1991. Tomo I págs. 251 y ss.

desciudar los aspectos dinámicos que han transformado la inicial organización de estas instituciones, para responder a la evolución de sus fines y, normalmente, al crecimiento de su actividad en el mundo internacional.

El Capítulo Preliminar de la obra nos introduce en el estudio de las Organizaciones Internacionales, en cuanto producto espontáneo de las relaciones entre los Estados. El autor, sin desconocer la vertiente organizativa de la comunidad-sociedad internacional, se inclina por su actuación como sujetos jurídicos internacionales. Es decir, por su consideración como sujetos independientes del orden jurídico internacional.

El Capítulo Primero del libro se dedica a las cuestiones básicas, definiendo las Organizaciones Internacionales como asociaciones de Estados, creadas por un acto jurídico internacional, dotadas de voluntad propia y con una estructura y unas competencias adecuadas para cumplir la función que se les atribuye. Particular interés reviste la clasificación de estas organizaciones, adoptando el autor el fundamental del ámbito (particularmente geográfico) y dentro de él, el criterio de los fines o competencias generales (Organizaciones de fines generales y particulares), sin desconocer el tercer criterio: las organizaciones de cooperación y las de integración.

Dos organizaciones merecen al autor un tratamiento más detenido: la Organización de las Naciones Unidas (Universal) y las Comunidades Europeas (Regionales). A la primera se dedica la mayor extensión de la obra, con exposición de sus antecedentes, examen de la Carta, caracteres y fundamentos de la organización. Los miembros de la O.N.U. son estudiados con cierto detalle, analizando su concepto, clases y régimen jurídico. A continuación, se reserva un subcapítulo a los órganos de las N.U.: Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria, Corte Internacional de Justicia y Secretaría.

No podría faltar en una obra dedicada al estudio de las Organizaciones Internacionales, la exposición de los Organismos especializados vinculados a la O.N.U. y sometidos a su función coordinadora. Se analiza la organización y estructura de cada organismo, agrupándolos en una clasificación tripartita: organismos de cooperación social, económica y técnica. La publicación trata seguidamente de las Organizaciones universales específicas, que son aquéllas que son independientes o vinculadas a la O.N.U.

La Organizaciones internacionales regionales reciben un análisis detallado, con especial referencia a las europeas. Así, después de un planteamiento general, se desarrollan las Organizaciones europeas tanto las llamadas organizaciones de cooperación como las denominadas de integración o supranacionales, entre las que se encuentran las Comunidades Europeas. En este apartado se expone el acuerdo de Maastricht plasmado en el Tratado de la Unión

Europea, examinando sus características más sobresalientes. Se dedica la necesaria extensión a la estructura orgánica de las Comunidades y al Derecho comunitario y sus fuentes.

Finalmente, se estudian las organizaciones americanas y las regionales de otras áreas (asiáticas, africanas, afroasiáticas y oceánicas). Se completa la obra con una cuidada bibliografía sobre la materia.

Podemos concluir que nos encontramos ante una publicación de relevante utilidad no sólo para los alumnos universitarios que cursan disciplinas —jurídicas o no— vinculadas a las relaciones internacionales, sino para los profesionales del Derecho, pues —como se afirma en la introducción de la obra— el mundo internacional de nuestro tiempo y, en particular, el Derecho Internacional, no se pueden entender sin conocer estas realidades.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. coord.: *Comentarios a la ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991) con jurisprudencia y formularios*. Madrid, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 1993

La Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior ha editado estos *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*. La coordinación de la obra ha corrido a cargo del General Auditor D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, que es autor, además, de los comentarios a los artículos 5 y 6; a los números 20 y 25 del artº.7; a los número 22 al 25 del artº.8; a los número 2 y 7 del artº.9; y a la Disposición Adicional Primera. Presentarlo, a estas alturas, en su condición de jurista resultaría una insania por mi parte: su experiencia como coordinador es de todos conocida, pues cuantos nos dedicamos al Derecho militar manejamos los Comentarios al Código penal militar que, junto a D. Ramón Blecua, también coordinó; y su profundidad en cuanto a analista del Derecho está de sobra acreditada por varios millares de páginas que, en libros, y revistas, ha publicado a lo largo de su vida profesional. La obra que ahora comentamos es una excelente muestra de buen hacer en la que ha contado, además, con un equipo de especialistas difícilmente superable: Coronel de la Guardia Civil, Dr. en Derecho D. Antonio Morales Villanueva (Introducción; artº.1º; números 1, 2, 3, 8, 9, 16 y 27 del artº.7; y números 1, 4, 5, 7, 8, 12 y 13 del artº.8); Coronel Auditor D. Jesús del Olmo Pastor, Director General del Gabinete del Ministerio de Defensa (arts. 2, 3, 4, 19, 20, 21 y 29); Coronel Auditor, Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, D.Luis B. Alvarez Roldán (nº 26 del artº 7º; nºs 3, 26 y 28 del artº 8; y todo el artº 9 excepto sus número 2, 5 y 7); Tte. Coronel Auditor D. Ricardo Fortún Esquifino (Introducción general al título IV; arts. 31 al 51); Tte. Coronel Auditor D. Juan Mº García Labajo (arts. 10 al 16 y arts. 18, 55, 56 y 68); Tte. Coronel de la Guardia Civil D. Manuel Manzano Sousa (nº 4, 10 al 15 y 18 del artº 7; nºs 6 y 14 al 18 del artº 8); Comandante de la Guardia Civil, Dr. en Derecho, D. José García San Pedro (nºs 19 y 21 al 24 del artº 7; nºs 19, 20 y 21 del artº 8; y arts. 22 al 28); Comandante Auditor D. Rafael Matamoros Martínez (arts. 52 y 53; arts. 57 al 62; Disposición Adicional Segunda; Disposición Transitoria; y for-

mularios); y, finalmente, el Profesor D. Antonio Millán-Garrido, de la Universidad de Cádiz, Comandante Auditor (nº 17 del artº 7; nº 10, 11 y 27 del artº 8; artº 17; y artículos 63 al 67).

Innecesario será explicar la imposibilidad física de dar un repaso cuidadoso a cuantos problemas se suscitan en una Ley de este tipo y a cuantas sugerencias resultan de la lectura de la obra reseñada. Los distintos comentarios responden, en mayor o menor medida, a una estructura similar, que comienza con las debidas concordancias (en especial con referencia a la L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas) y continúa con el estudio de precedentes, tramitación parlamentaria y, finalmente, exégesis del precepto. Se alude, en cuanto es posible, a la naciente jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la que, por cierto, no es todavía tan abundante como para resultar omnipresente. Los autores ayudan, en todo caso, a una interpretación de cada artículo y párrafo —de cada tipo disciplinario— lo que es meritorio y, en este sentido, la utilidad de los comentarios está fuera de toda duda. La previa existencia de una documentación bibliográfica —quizá no muy numerosa, pero nunca despreciable— de la que han hecho adecuado uso los comentaristas, añade valor a sus conclusiones.

No me resisto a señalar o resaltar algunas de las cuestiones que, bien por haber sido objeto de un tratamiento más profundo, bien por tener un carácter más general han llamado mi atención de modo especial. Y quisiera aludir, en primer término, a la Introducción de la que es autor el Coronel de la Guardia Civil D. Antonio Morales Villanueva en la que distingo tres partes, a cual más interesante: hay, por un lado, una reseña histórica —un simple esbozo de sus hitos básicos— del Cuerpo de la Guardia Civil que, pese a su brevedad, da a conocer la no siempre bien conocida evolución sufrida en su siglo y medio de vida; en segundo lugar, a través de un comentario sobre los debates parlamentarios en torno al artº 8º de la Constitución centra el debatido problema de la naturaleza jurídica del Cuerpo; y, finalmente, se extiende la introducción a la cuestión del régimen disciplinario aplicable, cuestión que encuentra su natural remate en el comentario al artº 1º, que corre a cargo del mismo comentarista.

Me parece también interesante resaltar las consideraciones sobre el principio *non bis in idem*, que es tratado por el Coronel Auditor D. Jesús del Olmo Pastor en su comentario al artº 3 y que, posteriormente, es objeto también de examen, aunque desde otra perspectiva, por parte del Tte. Coronel Auditor D. Ricardo Fortún en su comentario al artículo 37º. Ambos se ocupan de esta polémica cuestión que ha sido objeto también, como es sabido, de ya reiterada jurisprudencia constitucional —seguida después por la Sala Quinta del Tribunal Supremo—, pero que quizá hubiera merecido un mayor espacio en su tratamiento, pues la problemática del principio es, posiblemente, mucho más pro-

funda, y plantea, en el Derecho disciplinario militar, dudas específicas derivadas del enlace existente con el D. penal militar, que hace de los dos un sistema jurídico casi unitario.

Siguiendo con esta visión sobre cuestiones de carácter general interesa también poner de relieve el comentario al artº 5 en el que el General Auditor Rodríguez-Villasante, plantea uno de los asuntos más interesantes de Derecho disciplinario: el relativo a la vigencia del *principio de proporcionalidad*. No es preciso ponderar aquí la profundidad con que el tema se trata: su autor, repito, es bien conocido. Lo que interesa es ponerlo de manifiesto para que el lector pueda consultarlo. Como importa también aludir al comentario al artº.6 en el que, el mismo autor, trata con amplitud y abundancia de fuentes, el problema del ilícito disciplinario y el del principio de legalidad. Pienso que la utilidad del tratamiento dado a estas materias excede de lo meramente lúdico —permítaseme decirlo así, pues su lectura causa placer— y es obvio que se proporciona un valioso instrumento de trabajo a todos aquellos que tengan alguna razón de competencia en el orden disciplinario.

El Tte. Coronel Auditor García Labajo se ocupa, entre otras cuestiones a las que no me puedo referir, de dos que me parecen de sumo interés: en primer término, de la sanción económica de pérdida de haberes que extrañamente se ha *colado* en un sistema disciplinario que, siendo exclusivamente aplicable al Cuerpo de la Guardia Civil, no deja de tener una naturaleza estrictamente castrense. Personalmente, el encuentro con esta sanción disciplinaria me produce el mismo efecto que el tropiezo con una inesperada piedra en el camino; y, por supuesto, no alcanzo a comprender la razón por la que el personal del Cuerpo pueda quedar sometido a tan singular correctivo, que se aparta radicalmente del tradicional sistema sancionatorio aplicable en el ámbito castrense. La lectura del comentario al artº 12 es suficientemente instructiva sobre algunos de los interrogantes que plantea esta sanción. El otro tema que me interesa poner de relieve, entre los tratados por García Labajo, es relativo a la sanción de arresto que es cuidadosa y profundamente estudiada.

Aunque no tiene carácter general, me parece oportuna una cita especial del comentario al artº 21 en el que el Coronel del Olmo aborda el tema de las competencias sancionadoras del Director General de la Guardia Civil y el de su especial posición como parte de la Administración Militar. El comentario conecta con el que el propio autor hace al artº 4, pudiendo afirmarse así que ambos son complementarios y forman, en cierto modo, un todo unitario sobre una cuestión de indudable interés una vez terminada la vinculación anteriormente existente con el Ejército de Tierra.

El problema —casi me atrevo a decir, el eterno problema— de la tutela judicial en relación con las sanciones impuestas por falta leve es abordado por el

Tte. Coronel Auditor D. Ricardo Fortún en su introducción al Título IV de la Ley. Su postura es, finalmente, de aceptación del sistema escogido por el legislador y que, en síntesis, se resume en dos líneas: no tutela judicial, como regla general; amparo judicial, en relación con posibles vulneraciones de derechos fundamentales. El problema no es sencillo. Y, por supuesto, es polémico. En estos mismos *Comentarios* puede encontrarse una postura distinta en la exégesis del artº. 64 que lleva a cabo el Profesor Millán-Garrido, con una conclusión, por cierto, que no puedo compartir. Me parece excesivamente aventurado mantener la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de aquellos asuntos —sanciones por faltas leves— no susceptibles de recurso contencioso-disciplinario, pues pienso que para colmar una laguna que quizá vulnera el artº. 24.1 de la Constitución, se viola el principio consagrado en el artº. 117.5, así como lo dispuesto en los artículos 4 y 17 de la L.O. 4/87 y el 453.1 de la L.O. 2/89, procesal militar. El problema que plantea el artículo 64.3 de esta Ley —así como su antecesor el artº. 468, b) de la Ley procesal y, más agudamente, el 51 de la Ley 12/85— es de índole constitucional y no podría resolverse, a mi juicio, utilizando una vía que tampoco sería constitucional, pues la quinta-esencia de lo castrense —incluido, por tanto, en 117.5 CE— es, precisamente, la facultada disciplinaria de cada individuo sobre los que le están subordinados; de todo superior —con mayor o menor extensión según su empleo— sobre todos sus inferiores.

Y ya que he citado al Profesor Millán-Garrido al que, por no haber olvidado nunca su condición de Auditor, tanto debe el Derecho militar, me parece obligada una segunda referencia a sus comentarios al artículo 64, pues, aunque no comparta su conclusión, no puedo dejar de admirar todo su previo razonamiento, sobre el que quizá convenga alguna vez profundizar más. La exclusión de la tutela judicial en el supuesto de faltas leves es, efectivamente, dudosamente constitucional. De hecho, la jurisprudencia se está mostrando razonablemente inclinada a una interpretación benévola de los arts. 453 y 518 de la Ley procesal militar; pero la solución debería ir por otro camino: no deja de ser anómala la intervención de órganos judiciales de composición compleja para conocer de asuntos cuya nimiedad provoca un contraste casi cómico; habría que pensar, quizá, en algún órgano judicial más simple que pueda cumplir la misión de tutelar de forma también más simple y, por supuesto, más inmediata.

Para terminar esta larga reseña de un libro que sólo alabanzas merece, me permito llamar la atención también sobre los comentarios dedicados por el Cte. Auditor D. Rafael Matamoros al problema de la suspensión y de la inexecución de las sanciones disciplinarias. Algunas dudas me surgen sobre la suspensión; pero mayores me produce la posible inexecución, figura desconocida en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y procedente del ámbito

de la Administración Civil. ¿Puede el Director General de la Guardia Civil, a la vista del art.º 59, acordar la inejecución por propia iniciativa?. Lo afirma así el comentarista y no me atrevo a profundizar sobre el tema que me parece excesivamente delicado. En cualquier caso, merece la pena estudiarlo. El Comandante Matamoros es también el benemérito autor de unos formularios, sobre cuyo contenido basta decir que se extiende por más de doscientas páginas, abarcando todas las posibles incidencias de los procedimientos disciplinarios.

No quisiera dar fin definitivo a esta reseña sin aludir, una vez más, a sus posibles deficiencias. Desgraciadamente, no podría ocuparme, ni quisiera con brevedad telegráfica, de la tipología disciplinaria cuyo análisis ha recaído con preferencia en el Coronel Alvarez Roldán, en el Tte. Coronel Manzano Sousa y en el Cte. García San Pedro. Mi silencio no debe interpretarse, por tanto, ni como descuido ni como desprecio. Este libro tiene más de mil páginas, de las que más de ochocientas están dedicadas a los comentaristas científicos del articulado de la Ley. He tenido que optar por lo muy general frente a lo muy particular; por los temas que me han parecido más llamativos frente a los que pasan más desapercibidos. Sí debo decir algo: he leído el libro casi completamente. Casi: no he dispuesto de tiempo para suprimir el casi. Pero cuanto he leído me ha permitido apercibirme del esfuerzo desarrollado por los autores y confirmar la admiración que por ellos había sentido en el momento mismo de levantar la cubierta del libro y leer sus nombres y su condición: ese breve momento en que el lector se ve atraído o repelido sólo por un gesto manual que le pone a la vista lo que aparece como una promesa o como un fracaso. En este caso, una promesa felizmente superada.

Javier Sánchez del Río y Sierra

MILLAN-GARRIDO, Antonio: *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*. Madrid, Trotta, 1992

La brillante trayectoria académica, profesional y científica con que, en el ámbito jurídico, cuenta el Dr. Millán Garrido, miembro del Cuerpo Jurídico Militar, Catedrático universitario y Magistrado, por sobradamente conocida y ya puesta de manifiesto en el Prólogo de la propia obra que reseñamos —que a su ruego tuve la distinción de redactar—, me excusa, en esta ocasión, de referirme nuevamente a él.

En cuanto a la obra, fácil es comprobar que ha primado, sobre otras consideraciones, la necesidad de facilitar un texto, adecuadamente presentado, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de Julio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, pocos meses después de su entrada en vigor —de edición de urgencia cabe calificarla, al decir del propio Dr. Millán—, lo que no impide que nos hallemos ante la presentación de un texto legal hecha con toda seriedad y rigor, que, además, sin merma de la exigible profundización técnica, ofrece, a lo largo de sus páginas, el carácter eminentemente práctico que el autor ha pretendido conferirle a través de su contenido, estructura y planteamiento metodológico; lo que se pone de manifiesto en que:

1º La exposición exegética adoptada permite al lector, tras cada precepto legal, acceder rápidamente a la cuestión de su interés, gracias a los comentarios del autor y al amplio bagaje jurisprudencial que ofrece.

2º Las concordancias legales y, sobre todo ámbito disciplinario, las impresionantes anotaciones normativas, permiten agotar cualquier tema de estudio.

3º Los setenta y cinco impecables formularios aseguran al lector el hallazgo del texto concreto que cada caso controvertido requiere.

4º El riguroso y apurado sistema de índices permite la rápida localización de las fuentes citadas, facilitando sobremanera el manejo del texto: en efecto, además del *sistemático*, el *analítico* o de conceptos, el *cronológico de la jurisprudencia contencioso-disciplinaria* de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo hasta Julio de 1991, con expresa referencia a los distintos repertorios o revistas jurídicas especializadas y, en fin, el apéndice *bibliográfico*, en verdad exhaustivo.

5° Tanto la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de Noviembre, del Régimen Disciplinario de las FAS —supletoria, como es sabido, de la que nos ocupa— como el Real Decreto 555/1989, de 19 de Mayo, sobre anotación y cancelación también de sanciones disciplinarias, se incorporan como Anexo, al final de la obra, con lo que la misma hace innecesario recurrir a textos ajenos.

Respecto de la distribución sistemática de materias, es forzoso destacar la *introducción* en que el Profesor Millán ofrece su estudio (sin perjuicio de que determinadas apreciaciones, juicios críticos o conclusiones puedan no ser compartidos), también en su *evolución histórico-legislativa*, acerca de: la *naturaleza militar* del Cuerpo de la Guardia Civil, en su condición de Instituto Armado; *el régimen* disciplinario del mismo (incluso el régimen legal provisional previo a esta Ley, con su sanción jurisprudencial); y, finalmente, la *conclusión*.

Sigue el texto de la Ley Orgánica con sus comentarios, artículo por artículo, formularios, bibliografía, índices y anexos ya aludidos.

Puede afirmarse, en fin, que se trata de un estudio serio y profundo de la Ley Orgánica 11/91, hecho *desde dentro* de su problemática viva por un genuino jurista militar como es el Dr. Millán Garrido.

El libro, pues, ha de interesar no sólo al propio Benemérito Cuerpo —su natural destinatario—, sino a las FAS, a la Abogacía, a la Magistratura competente en la materia y a la propia Universidad, por lo que justo es agradecer esta valiosa aportación de Editorial Trotta al Derecho Militar, cuando, además, ofrece un texto de impecable presentación.

Eduardo Montull Lavilla

MILLAN-GARRIDO, Antonio, coomp.: *Ordenanzas Militares*. Madrid, Trivium, 1993

Nuevamente la prestigiosa Editorial Trivium nos ofrece, con oportunidad y acierto, una excelente aportación para el estudio y, al propio tiempo, la aplicación práctica de las fuentes legales españolas ceñidas al ámbito militar. En efecto, pocas como la edición de las *Ordenanzas Militares* que reseñamos contienen una tan completa recopilación de la materia tratada; ya que, además de los conocidos textos básicos de las Reales Ordenanzas Militares (de las FAS y de los tres Ejércitos), incluye las respectivas Ordenes Ministeriales en las que se publican las Tablas de las disposiciones derogadas por los correspondientes Reales Decretos que aprobaron dichas Ordenanzas particulares de cada uno de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

Pero hay más: la utilidad y el interés que la obra, a no dudarlo, ha de despertar, se ven potenciados gracias a la documentada e inteligente labor del Doctor Millán Garrido, tan destacado, como el más prolífico autor —entre nosotros— sobre temas de Derecho militar en general y penal militar en particular, que cultiva con excepcional rigor científico, personalidad sobradamente conocida, por esto mismo, como para que requiera más presentación que recordar aquí no sólo su condición de Catedrático universitario, sino, además, su pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar (e incluso, en reñido concurso de méritos, su acceso a la Magistratura), todo lo que garantiza, de un lado, el acierto y exhaustividad con que las *concordancias*, al hilo del articulado del texto legal (en esta 1ª edición, únicamente respecto del de las R.R. Ordenanzas de las FAS), remiten a cuantas disposiciones legales y Convenios internacionales requiere la mejor comprensión de cada precepto legal, y por supuesto, a los que integran hoy en lo esencial el Ordenamiento jurídico militar, especialmente en sus ámbitos disciplinario, penal y jurisdiccional y, de otra parte, la oportunidad de sus rigurosas *anotaciones* al texto a que, como ilustre autor, nos tiene acostumbrados, revelando hasta qué punto el elemento vivificador de la Jurisprudencia —de la ya no escasa dimanante de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo— resulta, si, como es el caso, ha sido bien seleccionada y analizada, tan imprescindible para una correcta inteligencia del precepto objeto de consideración.

Por lo demás, debe ser destacado el Prólogo, ya que da pie al Profesor Millán para, en un muy estimable alarde de síntesis, ofrecer, desde sus más remotos y propios *precedentes históricos* de las Ordenanzas Militares en nuestro Derecho, hasta las vigentes, con inclusión —muy ilustrativa— tanto de los *trabajos preparatorios* de éstas como de lo más significativo de su *discusión parlamentaria*.

Finaliza la obra con un minucioso *índice analítico* de materias que, ejemplar en su género, en efecto, facilitará el manejo en la práctica de esta completa, clara y sencilla edición de nuestras Reales Ordenanzas Militares, cuya indiscutible utilidad, por ello mismo, no sólo ha de aprovechar a los juristas sino, también, como el propio autor advierte, especialmente a los miembros de las Fuerzas Armadas, "como naturales destinatarios de las disposiciones editadas", sin olvidar el parecer del Dr. Millán, que comparto, cuando afirma: "Debe, por último, significarse que, aun cuando en las Reales Ordenanzas predomine el valor ético, sus preceptos integran un conjunto normativo, con rango legal y plena eficacia jurídica", por supuesto, siempre supeditada a la Constitución.

Eduardo Montull Lavilla

AGUILAR, M.A. y BARDAJÍ, R.L.: *El servicio militar, ¿obligatorio o voluntario?*. Madrid, Tecnos, 1992

El servicio militar obligatorio, cuestionado desde el término de la Segunda Guerra Mundial, es objeto hoy de fundadas objeciones que, especialmente, tras las últimas confrontaciones bélicas, han propiciado en nuestro entorno un debate sobre el modelo de Fuerzas Armadas que, a corto o medio plazo, debiera conducir a la adopción de un sistema de servicio militar voluntario o profesional.

En este contexto se ha promulgado en España la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, que, si bien reduce el tiempo de permanencia en filas y mejora las condiciones de prestación, mantiene, aún en el marco de un modelo mixto de Fuerzas Armadas, el servicio militar obligatorio. Con ello, el debate no sólo sigue abierto, sino que, en la medida que se libera de temas tangenciales e, incluso sustancialmente ajenos, posibilita su preciso desarrollo en orden a la búsqueda de la solución más conveniente, no ya para el soldado, sino para el futuro de la propia Defensa nacional.

Para reflexionar sobre este tema, la Asociación de Periodistas Europeos convocó un Seminario en Toledo, del 13 al 15 de diciembre de 1990, bajo los auspicios de la *Revista Española de Defensa* y con la colaboración de la OTAN, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, AFARMADE e Iberia. Las páginas que integran este volumen recogen las ponencias y debates de esas jornadas, a las que se sumaron expertos de varios países, para situar el caso español en el contexto internacional.

Tras el prólogo (*Las obligaciones militares de los españoles*) de Miguel Angel Aguilar e introducción (*Un debate abierto y plural*), a cargo de Rafael L. Bardají, la obra recoge los distintos paneles o bloques, con sus ponencias y posterior coloquio. Los temas centrales son, en concreto, *el factor humano y la defensa* (1), *el emergente entorno estratégico* (2), *los casos español, francés y británico* (3), *los casos chino y soviético* (4), *los casos israelí y norteamericano* (5) y *la nueva Ley del Servicio Militar* (6).

Las ponencias corrieron a cargo de F. Alonso Majagranzas, F. Alvira, R.L. Bardají, J. Cano Hevia, M. Comas, I. Cosidó, L. García, B. George, R. Goldich,

D. Hobbs, F. Laguna Sanquirico, S. Miller, P. Moya, H. Platter-Zyberg, J. Rupérez, G. Savay, C. Shapira y J. Shengde.

En la sesión de clausura intervino, tras unas palabras de R. L. Bardají, Gustavo Suárez Pertierra, en su condición de Secretario de Estado para temas de Administración militar.

El volumen incorpora, como apéndices, las conclusiones de la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para abordar el estudio y seguimiento de los temas relacionados con el modelo de Fuerzas Armadas en su conexión con el servicio militar (*Modelo de Fuerzas Armadas y Servicio Militar*: pp. 209-266), el Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Militar (pp. 267-289) y las más significativas encuestas de opinión sobre el servicio militar (pp. 290-315): la de ALEF para el Instituto de la Juventud: los jóvenes y el servicio militar (1985), la del Centro de Investigaciones Sociológicas: los jóvenes y las Fuerzas Armadas (1986), la de ECO para *Cambio 16*: los mayores de edad y el servicio militar (1985) y la de EMOPUBLICA para *Diario 16*: los mayores de edad y el servicio militar (1987).

Como advierte Rafael L. Bardají, en su nota introductoria, nadie podrá encontrar en este libro soluciones mágicas, porque en política raramente las hay, pero sí indicaciones sobre la complejidad de factores que inciden en el sistema de reclutamiento y las implicaciones del mismo para la defensa y la sociedad.

Lo que no es poco en unos momentos en los que la reforma de las Fuerzas Armadas y el servicio militar aparecen como objetivo inaplazable para una ordenación eficaz de la seguridad nacional.

Antonio Millan Garrido

2. RECENSION DE REVISTAS

En la sección de Doctrina, el presente número de la REDI, aporta una serie de estudios, todos ellos de interés y algunos de centrada actualidad. M.P. ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, bajo el ocurrente título de *De maximis non curat praetor? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie*, trata de diferentes problemas de trascendencia para el D.I., que ha abordado el TIJ a propósito de la explosión del avión de la Pan Am en 1988 sobre la localidad de Lockerbie en Escocia, relatando los hechos, la actuación del Consejo de Seguridad y estudiando el planteamiento del caso ante el TIJ. J.A. GONZALEZ VEGA, estudia los *Conflictos territoriales y el uso de la fuerza en la práctica internacional*, abordando la prohibición del uso de la fuerza en tales conflictos y los desarrollos de la práctica internacional. A. MANGAS MARTIN, con su trabajo sobre *La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): Una reforma constitucional innecesaria o insuficiente*, examina los argumentos utilizados por el Tribunal con consideraciones muy críticas y no infundadas para los mismos. E. ORIHUELA CALATAYUD incide también en el tema de Lockerbie con un estudio titulado *La actuación del C.S. de la O.N.U. en el asunto Loeckerbie: Paradigma de incontrolable abuso de poder*. J.CARRASCOSA GONZALEZ tiene un trabajo sobre *Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Dereche Internacional Privado*. Otro trabajo es el de J.A. GARCIA LOPEZ sobre *Derecho económico internacional y relaciones privadas: La interdependencia funcional del régimen del GATT y el Ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de normas de intervención comercial, con particular referencia al derecho anti-dumping*. Con un carácter fundamentalmente descriptivo, está el estudio de P. RODRIGUEZ MATEOS sobre *La protección jurídica del menor en la Covención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989*.

La sección II, referente a la Práctica se concreta en la Práctica española de Derecho Internacional Público, abordando en un orden alfabético, una pluralidad de temas, a través de los cuales se refleja la actitud del Gobierno en este

orden de cosas. La utilidad de esta parte es evidente si se quiere pasar del plano de las especulaciones al de las realidades.

La parte de Jurisprudencia (III), toca tanto la jurisprudencia española del Derecho Internacional Público (Derecho de los tratados, Relaciones entre el D.I. y el Derecho interno, Estatuto internacional del Estado, Competencia territorial del Estado, Derechos Humanos y Derecho comunitario europeo) como la Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado (Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería, Derecho judicial internacional, Derecho civil internacional, Derecho del comercio internacional y dimensión interna del sistema español de DIPr).

En la sección IV, dedicada a Información y Documentación, es altamente interesante por los asuntos que recoge como, por ejemplo, la *Crisis de Yugoslavia en las Naciones Unidas* o el debate parlamentario *Sobre delimitación de los espacios marinos españoles* o *La actitud de España en el marco de la coordinación de la política exterior comunitaria: El reconocimiento de los nuevos Estados surgidos de la antigua URSS y de la República Socialista Federativa de Yugoslavia* o el *Convenio de 25 de mayo de 1987 relativo a la supresión de la legalización de documentos en los Estados miembros de las Comunidades europeas*.

La sección V y última sobre Bibliografía recoge una serie de recensiones, no todas críticas, sobre libros de reciente aparición en las materias jurídicas internacionales.

J.L. Fernández-Flores

Rassegna della Giustizia Militare. Anno XVIII-nº 1-2, Gennaio-Aprile, 1992

Este número de la conocida revista italiana, dedicada al Derecho Militar, contiene un estudio penal (*De la responsabilidad penal en materia de la actividad deportiva*) y otro procesal (*Divergencia entre el juez del litigio y el juez de la audiencia preliminar: conflicto o recurso con motivo de disposición al margen de la norma*).

Luigi Delli Paoli publica un trabajo sobre la responsabilidad penal en materia deportiva, reflexionando sobre lo que se ha llamado el *delito sportivo*. Pone de manifiesto el autor la diversidad de soluciones doctrinales puesto que, cuando observando las reglas del juego se lesiona la integridad física del adversario, algunos autores se pronuncian por la no punibilidad del hecho, mientras que otros lo consideran como un acto de relevancia criminal. Se analizan así las posiciones de Petrocelli, Visco, Penzo, Sotgiu, Delogu, Saltelli, Nuvolone, Mantovani, De Marsico, Valsecchi, Frosali, Manzini, Antolisei, Santoro, Bettiol y Granata. A continuación el autor se pregunta sobre la discutible aplicación de una causa de justificación, del caso fortuito o del consentimiento del lesionado.

Aunque se trata de un problema que no ha sido resuelto legislativamente, Delli Paoli se inclina por la impunidad penal del comportamiento del atleta que, observando las reglas del juego, ocasiona un daño al adversario en su integridad física. Fundamenta esta postura en la ausencia del elemento intencional doloso o culposos.

La controversia entre el juez del litigio y el juez de la audiencia preliminar es tratado por Francesco Gentile, quien analiza la jurisprudencia de la Corte de Casación y de la Corte Constitucional italiana. Define las medidas al margen de la ley como aquellas disposiciones no encuadrables en el sistema procesal o adoptadas con fines diversos de los previstos en el ordenamiento. El problema se plantea cuando el Tribunal, declarada la nulidad del decreto que ordena el juicio, remite el procedimiento al Juez de la audiencia preliminar; y este, sosteniendo el error de la declaración de nulidad, plantea el conflicto. La doctrina constitucional considera que el planteamiento es infundado ya el Juez de la audiencia preliminar está sometido a las decisiones del Juez del litigio.

Ahora bien, los rigurosos límites establecidos para el planteamiento de conflictos pueden encontrar compensación en la posibilidad mayor de impugnar las medidas contrarias que puedan ser calificadas como disposiciones al margen de las normas.

El número de la revista que comentamos contiene las habituales secciones de jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte de Casación y Jueces Militares. Se completa la información sobre las Sesiones del Consejo de la Magistratura Militar.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Rassegna della Giustizia Militare. Anno XVIII-n° 3-4, Maggio-Agosto, 1992

Encabeza este número un interesante estudio de Francesco Gentile sobre el *Principio de legalidad de la pena: de garantía a derecho del imputado*. El principio constitucional de legalidad de la pena, afirma el autor, ha sido considerado como una garantía del individuo y ahora -con la entrada en vigor del nuevo código de procedimiento penal- ha encontrado nuevos campos de aplicación. La doctrina italiana pone así de manifiesto la peculiar función de las nuevas normas rituarías penales, normas que pueden considerarse no sólo como simples instrumentos técnico-jurídicos dirigidos a la aplicación de la norma penal, sino como instrumentos para el ejercicio de los derechos constitucionales del individuo que se encuentra sometido a la potestad punitiva del Estado.

A continuación se publica un estudio de Silvio Riondato titulado *Guerra y Derecho penal (el conflicto iraquí)*, que constituye el texto de su intervención en la Segunda Convención de Abano sobre Derecho penal (24-26 de enero de 1991). Destada el autor, en primer lugar, la urgencia de la reforma del derecho penal de guerra en Italia, que data de 1941 y es norma anterior a la Constitución republicana. Cuando ocurre un conflicto la opinión pública se pregunta por las consecuencias de la aplicabilidad de la legislación de guerra, en particular por la previsión de la pena de muerte, la organización judicial para tiempos de guerra o el enjuiciamiento por la jurisdicción militar de personas no militares. En el caso del conflicto Irak-Kuwait, el legislador italiano estableció expresamente la aplicabilidad del código penal militar de paz, justamente para impedir la aplicabilidad automática del código penal militar de guerra. Decisión que ya se había tomado en casos anteriores de actuación de fuerzas armadas italianas en el extranjero. El autor critica esta solución legal, que llegó a producir como consecuencia la aplicación del código de paz a los militares de la Marina y el de guerra a los militares de la Aeronáutica.

En relación con el conflicto originado por la anexión de Kuwait, hay que destacar toda una serie de normas de un moderno derecho punitivo económico de guerra, que disciplinan la conducta de los ciudadanos en tiempo de guerra y suponen sanciones penales militares. En estas hipótesis es urgente una

clara definición de los bienes jurídicos tutelados y un sistema orgánico de delitos contra la defensa de la Patria.

Por otra parte, la exclusión de la aplicabilidad de las normas penales militares de guerra presenta el problema del castigo de los actos de hostilidad contra los prisioneros de guerra, pues sería arduo el enjuiciamiento en base a las normas penales comunes. Además, una de las razones para aplicar el régimen de paz es impedir la actuación de los tribunales militares de guerra, no conformes con la Constitución italiana.

Riondato se pregunta seguidamente sobre la legitimidad del conflicto en el que participa Italia y expone un completo muestrario de cuestiones concretas. Las fuentes y los debates sobre su conformidad constitucional son el contenido de los últimos párrafos de este importante trabajo, en el que el autor cuestiona la constitucionalidad de las disposiciones relativas a una intervención armada.

La Rassegna publica seguidamente su habitual sección de Jurisprudencia, con sentencias de la Corte Constitucional, Corte de Casación y de los Jueces Militares. Giovanni Virzi informa sobre el Congreso *Justicia Militar e informática* (Palermo, octubre de 1991) y los programas aplicables en el ámbito judicial militar italiano.

Después de la sección de libros y revistas, se publica la información del Consejo de la Magistratura Militar consistente en una Circular y la noticia de sus sesiones.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Rassegna della Giustizia Militare. Anno XVIII-n° 5-6, Settembre-Dicembre, 1992

Después de las respectivas semblanzas del Profesor Leonardo Campanelli, Procurador General Militar ante la Corte Suprema de Casación y del General Ottavio Orecchio, Abogado General Militar en Verona, publica esta revista un estudio de Antonio Intelisano que lleva por título: *Un problema abierto: Los consejeros jurídicos para la aplicación del Derecho humanitario bélico.*

Se trata de una reflexiones del autor con motivo del Seminario organizado en Bruselas (3 al 5 de noviembre de 1992) por la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, sobre la aplicabilidad del artículo 82 del Protocolo I de Ginebra de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Este precepto establece la obligación de disponer de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares acerca de la aplicación de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas. Al Seminario concurren representantes de 22 Estados de varios continentes (incluida la República Popular China) y observadores de la NATO, Comité Internacional de la Cruz Roja y del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo. Allí se aportaron datos sobre el diferente grado de ejecución de las obligaciones sobre la difusión del derecho humanitario.

En realidad, antes de la aprobación del Protocolo I, la obligación de difundir el derecho humanitario bélico -según el autor- estaba prevista en diversos preceptos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En el ámbito de la Conferencia Diplomática preparatoria de los Protocolos Adicionales de 1977 se propuso que la intervención se concretara, en el plano operativo, en el examen de la compatibilidad de las órdenes de los superiores militares con las normas del derecho humanitario bélico para evitar sus violaciones. Se planteaba entonces el problema del grado de vinculación de los consejos (opiniones jurídicas) dados en las operaciones. La formulación genérica del artículo 82 ha dado a los *consejeros* la competencia de emitir indicaciones a los comandantes para la aplicación práctica del derecho humanitario, pero ha dejado sin resolver los aspectos funcionales y organizativos de su misión.

Superando el escepticismo de algunos, el papel del jurista puede contribuir a la afirmación de los valores humanos. Con independencia del cometido de enseñar y difundir el derecho humanitario el aspecto más delicado es la intervención de los consejeros en la programación y ejecución de las operaciones militares. También se debe decidir el nivel de las unidades que cuentan con consejero jurídico y su *status* civil o militar.

No es fácil para A. Intelisano resolver los problemas de organización de esta figura de los *consejeros jurídicos*, dentro de la estructura militar. La actividad de éstos se concreta en una información preventiva y no vinculante para el mando semejante al consejo del práctico al comandante del buque en el Código de la navegación italiano. En el aspecto de la independencia de los consejeros, no cree el autor que su condición civil sea decisiva, pues es importante la confianza, la experiencia militar, el conocimiento del ambiente y de la psicología de los combatientes. Los consejeros deben ser interlocutores creíbles para el mando.

Observa J. de Preux que la primera condición para la aplicación del artículo 82 del Protocolo es la constitución en cada Ministerio de Defensa de una división o sección, servicio o despacho exclusivamente encargado del Derecho internacional aplicable en caso de conflicto armado, tanto en tiempo de paz como en guerra. Para este autor es esencial la existencia de estos consultores en los escalones relativamente próximos a las unidades operativas y su participación en el planeamiento y determinación de objetivos. En tiempos de paz, el consultor debe cooperar en la enseñanza del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y en tiempo de conflicto su actuación es preventiva, velando por el respeto de las reglas del derecho de los conflictos armados. En cuanto a la selección del personal se apuntan las ventajas e inconvenientes de su procedencia, según se trate de consejeros jurídicos elegidos entre el personal militar combatiente, entre la magistratura militar o entre personas civiles especializadas en el derecho de los conflictos armados.

En el Derecho italiano, advierte A. Intelisano, solo hay una previsión en el ordenamiento judicial militar de 1941, que se concreta en la actuación de consultores respecto a la justicia militar. No se trata de la vía preventiva del artículo 82 del Protocolo, sino del castigo de las infracciones graves del derecho bélico. La materia está necesitada de una profunda reforma de la legislación penal militar italiana de guerra, ya iniciada. El autor hace referencia a una publicación del Estado Mayor de la Defensa *Reglas elementales de Derecho de la guerra* (C.I.C.R.), prontuario para el uso de los comandantes.

Los participantes estadounidenses en el Seminario de Bruselas pusieron de manifiesto la asistencia de los asesores jurídicos americanos, con *status* militar, que actuaron en recientes operaciones militares.

Desde la óptica española, el problema de los *consultores jurídicos* en caso de conflicto armado está resuelto por la existencia del Cuerpo Jurídico Militar que cumple tales funciones como parte de su labor asesora en el ámbito del Ministerio de Defensa. Su carácter militar no es obstáculo para la necesaria independencia y tampoco para que sus miembros —dotados, en este caso, de un *status* especial que consagra su inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley— integren los órganos judiciales militares y la Fiscalía jurídico-militar. Naturalmente, aquellos países dónde sólo existe una Magistratura Militar, dedicada exclusivamente a administrar la Justicia Militar, necesitan plantearse la constitución de estos *consultores jurídicos* previstos en el artículo 82 del Protocolo I de 1977. En definitiva, un argumento más en favor de la solución española adoptada por las leyes de reforma de la justicia militar (particularmente por la L.O. 4/1987) y por la Ley 17/1989, en relación con las funciones y organización del Cuerpo Jurídico Militar.

El número de la *Rassegna* que comentamos inserta su tradicional sección de Jurisprudencia con sentencias de la Corte Constitucional, Corte de Casación y Jueces. Algunas de estas resoluciones han merecido ser anotadas por F. Gentili en materia de requisitos formales y materiales de la motivación de las sentencias, por L. Gatto sobre la ejecución de las penas o por D. Brunelli en relación con la deserción como delito permanente.

Giovanni Virzi continúa con sus colaboraciones sobre la informática aplicable a la justicia militar y concluye el número con las noticias sobre libros, revistas, comisiones parlamentarias y Consejo de la Magistratura Militar.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

LOPEZ GARCIA, Eloy Manuel: *El Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria: su nueva presencia en la Justicia Militar*. En: Revista de Estudios Penitenciarios. n° 245, 1991, pág. 13-24

El estudio de López García, breve pero enjundioso, desarrolla acertadamente las cuestiones más importantes que atañen al Juez Togado, encargado de la Vigilancia Penitenciaria en los Establecimientos Militares.

Así, tras una esclarecedora *Introducción* al tema, que enmarca con precisión, si bien en razón de la fecha del trabajo no considera el nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares (Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre) justifica la necesidad de los *establecimientos penitenciarios militares*, por imperativos de la disciplina y ejemplaridad de los Ejércitos, la reincorporación del recluso-militar a las filas de los Ejércitos, y la permanencia de la condición militar del recluso durante el cumplimiento de la condena; todo ello salvo excepciones.

Examina la LPM (Ley Procesal Militar) en cuanto atañe a la vigilancia penitenciaria, con acertadas reflexiones sobre las funciones del Juez y del Fiscal, con exclusión de otros órganos de la Jurisdicción Militar; opinión esta última excluyente de las facultades inspectoras de los Tribunales sobre cumplimiento de las penas; opinión y por tanto opinable, lo que no es oportuno hacer aquí, sino invitar al lector a que lo haga tras detenida lectura del trabajo que reseñamos. La titularidad y atribuciones del Juez Togado Militar Territorial, al que se asigne la función de vigilancia penitenciaria, y que el autor abrevia como Juzgados Militares de Vigilancia, son examinadas y desarrolladas con acertada crítica a diferencias, que califica de discriminatorias, respecto a los internos comunes en lo que atañe a redención de penas por el trabajo, permisos de salida y aplicación de los grados, para seguidamente aceptar, en determinados supuestos y en razón de la prevalencia de los principios de jerarquía y disciplina, el trato penitenciario desigual por recaer sobre *desiguales* (civiles y militares).

¿Tiene competencia el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria sobre militares condenados por delito común que están cumpliendo en Establecimiento Militar?. Justifica la respuesta positiva, y considera los recursos procedentes ante las resoluciones del Juez Togado de Vigilancia Penitenciaria.

El autor concluye con reflexiones acertadas, propugnando una Ley Penitenciaria Militar, respetando lo específico castrense y con respeto de los principios constitucionales y normas mínimas del ordenamiento común penitenciario; con mayor especificidad ha de regularse el régimen disciplinario penitenciario.

El nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, en vigor desde el 1 de enero de 1993, responde *-lege data-* a algunas opiniones de *lege gerenda*, pero animamos al autor a profundizar en el tema, objeto de su trabajo, considerando la actual legislación vigente.

Luis B. Alvarez Roldán

El segundo número del año de los Cuadernos de la Guardia Civil dedica especial atención, casi monográfica, al tema del *mantenimiento de la paz*, con enfoques doctrinales genéricos y específicos, junto a otros temas de interés.

Les ofrecemos el Sumario de este número de Cuadernos de la Guardia Civil, y seguidamente recensionaremos brevemente los trabajos de mayor interés para las directrices de nuestra Revista.

SUMARIO

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: El mantenimiento de la paz en las Cartas de las Naciones Unidas	5
JUAN IGNACIO LOPEZ DE CHICHERI Y SAINZ: Las Naciones Unidas y las operaciones de mantenimiento de la paz	11
JOSE JUSTE RUIZ: Características de los conflictos susceptibles de ser resueltos mediante operaciones para el mantenimiento de la paz: de Corea a Yugoslavia	19
ARACELI MANGAS MARTIN: Incidencia de los conflictos armados internos en la paz mundial: De la sociedad de la naciones a la Organización de las Naciones Unidas	33
PEDRO PITARCH BARTOLOME: El rompecabezas de la seguridad europea	45
CARLES CASAJUANA PALET: La política exterior española y las operaciones de mantenimiento de la paz	51
ATILANO HINOJOSA GALINDO: La Guardia Civil y el moderno concepto de Defensa Nacional	57
FRANCISCO MORALES UTRABO: Las fuerzas policiales en las operaciones de mantenimiento de la paz	67
ELICIO CASAS NAVAS: La Jefatura del Estado en el ordenamiento constitucional español	79
FRANÇOIS DIEU: A propósito de la tercera Fuerza: Gendarmería y mantenimiento del orden contribución al estudio de la especificidad del mantenimiento del orden gendármico	95
RICHARD MAPSTONE: Soldados en una sociedad dividida: Las actitudes de soldados en Irlanda del Norte	107
MAGDALENA CEBALLOS ZAMORANO: La percepción policial de la problemática relacionada con las drogodependencias	115
MARIA ANGUSTIAS CARACUEL RAYA-SAGRARIO MORAN BLANCO: El Perú de Sendero Luminoso	125
FRANCISCO ALONSO PEREZ: Comentarios a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana	141
JOSE PEÑA GONZALEZ: Manuel Azaña Vigencia de un pensamiento	161

EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN LAS CARTAS DE LAS NACIONES UNIDAS

Juan Antonio Carrillo Salcedo, Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Sevilla, efectúa un excelente resumen de las disposiciones referentes al mantenimiento de la paz en la Carta de las Naciones Unidas, resaltando con claridad las diferencias con las normas de la Sociedad de Naciones.

El protagonismo, y decisión, históricamente corresponde a las, en cada momento, grandes potencias, desde el Congreso de Viena a la Conferencia de Yalta. Así ocurre en la actualidad en la Organización de las Naciones Unidas.

Subraya el autor que el origen de las N.U. es una coalición para la guerra contra los países del Eje, lo que conviene recordar al examinar el concepto de *mantenimiento de la paz y seguridad internacionales* como fin primordial de la Carta de las Naciones Unidas, máxime cuando prioritariamente se diferencian tales misiones al Consejo de Seguridad, que observa la regla de *unanimidad de los miembros permanentes* (grandes potencias; veto).

Tras la alusión a los Capítulos de la Carta VI (arreglo pacífico de controversias y situaciones) y VII (acción en caso de amenaza de la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), el autor diferencia los procedimientos o métodos para el arreglo pacífico de los conflictos, así como las recomendaciones y decisiones obligatorias para el mantenimiento de la paz, sin empleo o con el uso de la fuerza armada.

El sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas depende del no ejercicio del *derecho de veto* por alguno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y del subsiguiente aporte de unidades militares por los Estados miembros, suficientes y de clara efectividad de la decisión obligatoria de empleo del uso de la fuerza armada.

En ambos casos —concluye el autor— las grandes potencias ejercen su protagonismo; el sistema de seguridad sólo puede funcionar si las grandes potencias están de acuerdo y consienten la ejecución del uso de la fuerza armada en bien de la paz internacional.

LAS NACIONES UNIDAS Y LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Juan Ignacio López de Chicheri y Sainz, Director General de Organizaciones y Conferencias Internacionales, alude al *establecimiento* de la paz (v.gr.: Irak-Kuwait) y a su *consolidación* (v.gr.: control destrucción armas) centrándose en las operaciones de *mantenimiento de la paz* efectuadas preferentemente por mili-

tares sin utilizar la fuerza de las armas, con colaboración de civiles y fuerzas policiales, previo consentimiento de las partes, y ulterior decisión del Consejo de Seguridad de N.U.

El autor detalla las operaciones en Namibia, Angola, Centroamérica (Nicaragua, Haití, El Salvador) y Sahara Occidental, e incide en el elevado coste de tales operaciones, que con carácter voluntario ha asumido España, además de aportar medios y personal.

CARACTERISTICAS DE LOS CONFLICTOS SUSCEPTIBLES DE SER RESUELTOS MEDIANTE OPERACIONES PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ: DE COREA A YUGOSLAVIA

José Juste Ruiz, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, parte del objetivo prioritario de las N.U.: preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra.

El autor examina las primeras actuaciones para el mantenimiento de la paz (Corea, Suez, Congo, Irán Occidental, Chipre), y las de la época de la *distensión* (Oriente Medio, Yemen, India-Pakistán, Irán-Irak, Africa y Centroamérica), para describir el *nuevo orden internacional* y la actual acción pacificadora de las Naciones Unidas.

El Profesor Juste Ruiz, constata el enfrentamiento Este-Oeste como causa de la hibernación del proyecto del Ejército *onusiano* y alaba el pragmatismo alternativo: operaciones para el mantenimiento de la paz; y proclama, como elementos característicos de las mismas: consenso del Consejo de Seguridad, consentimiento de los Estados afectados, composición neutral de las fuerzas militares, y solidaridad colectiva de los Estados para la financiación.

La desaparición del bloque socialista ha permitido *consensos* como los que han posibilitado las Resoluciones relativas a Irak *versus* Kuwait y la República de ex-Yugoslavia, a través de fuerzas militares de Estados miembros, a la espera, casi utópica, de *un ejército institucional onusiano*.

LA GUARDIA CIVIL Y EL MODERNO CONCEPTO DE DEFENSA NACIONAL. PARTICIPACION EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Atilano Hinojosa Galindo, Teniente Coronel de la Guardia Civil (DEM), tras precisar el concepto de seguridad nacional en relación con la Defensa Nacional, así como el objetivo de la política de defensa española en el ámbi-

to territorial mundial y regional, enumera las operaciones de mantenimiento de la paz de las N.U. exhaustivamente y con precisión.

El autor se extiende en la intervención de la Guardia Civil en operaciones de mantenimiento de la paz, por vez primera, en la ONUSAL, subrayando el objetivo de respeto a los derechos humanos.

En detalle, alude a la Unidades de la Guardia Civil especialmente preparadas para su intervención en OMP's, según zonas geográficas, circunstancias, características, objetivos... así como en la infraestructura de enseñanza existente para la preparación adecuada de los llamados a tales misiones.

LAS FUERZAS POLICIALES EN LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Francisco Morales Utrabo, Comandante de la Guardia Civil, desarrolla el título de su trabajo con especial consideración a la violación de los derechos humanos como factor desestabilizador de la paz.

Acertadamente, el autor conecta las operaciones de mantenimiento de la paz en el artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas, que al posibilitar que el Consejo de Seguridad acuerde medidas provisionales necesarias o aconsejables, permite unas actuaciones, en conflictos internos o entre Estados, flexiblemente adaptables a cada caso concreto *pro pacem*.

Expone seguidamente, con extensión y precisión, la operación de mantenimiento de la paz en El Salvador, y especialmente en la verificación del respeto a los derechos humanos, en los aspectos de cooperación humana, técnica, de acompañamiento, relaciones, información, etc, evaluando positivamente el cumplimiento del Acuerdo de San José.

LA JEFATURA DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Elicio Casas Navas, Teniente Coronel de la Guardia Civil y Profesor de Derecho Constitucional de la Academia Especial de la Guardia Civil, realiza una exhaustiva y documentada exposición del tema, al modo de una bien estructurada Conferencia, con la evolución histórica de los *poderees reales* y el estudio, en detalle, de las funciones constitucionales del actual Jefe del Estado.

S.M. el Rey aparece como símbolo de la autoridad perceptible y sensible máxima de la unidad del Estado, su permanencia histórica, y de la integración de la diversidad territorial, social e incluso política.

El autor examina las funciones del Rey en las relaciones internacionales, Fuerzas Armadas, Justicia, Cultura, Derecho de Gracia y honores, con mayor detalle y extensión a las funciones moderadoras y arbitrales de Su Majestad.

Especial interés reviste una de las conclusiones del autor, respecto a los *mensajes regios* en cada nueva legislatura, aludiendo a la posibilidad de negar su refrendo a determinada Ley. Discutible, opinable y rebatible opinión.

Trabajo respaldado por una relación de notas bibliográficas.

Luis B. Alvarez Roldan

El número 9 de Cuadernos aparece en el primer semestre del año, con temas dispersos en las diversas áreas del conocimiento jurídico y policial: penal y procesal penal. Excepcionalmente un tema de Derecho Administrativo (Ley 30/92) y otro histórico (General Pavía).

Transcribimos el Sumario de la Revista y comentamos seguidamente lo de especial interés para los lectores de la REDEM.

SUMARIO

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO: El arresto de fin de semana y la multa por cuotas.....	3
ENRIQUE RUIZ VADILLO: El proceso penal en el estado social y democrático de derecho.....	9
ANTONIO MORALES VILLANUEVA: Los estados de excepción en nuestro ordenamiento jurídico.....	21
JUAN TERRADILLOS BASOCO: Delitos contra los poderes y orden público.....	41
JUAN JOSE GONZALEZ RUS: El artículo 340 bis b) del Código Penal. Especial consideración de la responsabilidad penal de las personas obligadas a mantener la seguridad de las vías.....	49
JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ: La preterintencionalidad.....	65
LUIS RODRIGUEZ RAMOS: Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente.....	93
BALDOMERO CASADO RAIGON: Valoración judicial de las pruebas periciales de identificación.....	105
ROSEMARY BARBERET: La policía y la investigación criminológica.....	115
RAFAEL MATAMOROS MARTINEZ: La responsabilidad de las administraciones públicas, sus autoridades y funcionarios en la LRJ-PAC, Ley 30/92 de 26 de noviembre.....	125
MIGUEL LOPEZ CORRAL: La Guardia Civil en el Golpe de Pavía.....	145

EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Instituto Europeo de España, es igualmente Profesor universitario, y diserta sobre la adecuación del proceso penal a los principios constitucionales.

Propugna el autor el evitar la *pena de banquillo* mediante el sobreseimiento, o archivo, de procedimientos penales en que no hay prueba suficiente, y lícitamente obtenida, para estimar probablemente la condena, y teniendo en cuenta que se juzga no sobre la prueba sumarial sino sobre la practicada en el Juicio Oral.

Se extiende, con profusa cita doctrinal y jurisprudencial -casi exhaustiva la del Tribunal Constitucional- en el examen de la prueba penal y su licitud, y la presunción de inocencia, como límites al descubrimiento de la verdad real.

Plantea el autor la disyuntiva sobre el valor o eficacia de la prueba ilícita: válida con sanción al funcionario policial; nula en todo caso. El Magistrado Ruiz Vadillo apuesta decididamente por la segunda opción para evitar proliferaciones de actividades ilícitas policiales, y propiciar la profesionalidad y tecnicismo de las policías.

Correlativamente, la observancia de los principios constitucionales han de extenderse no sólo al presunto delincuente sino a la víctima del delito.

Sin alusión alguna al proceso penal militar es de interés este trabajo puesto que las ideas, doctrina y jurisprudencia citados son de plena e idéntica aplicación en la Jurisdicción Militar.

LOS ESTADOS DE EXCEPCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Antonio Morales Villanueva, Coronel de la Guardia Civil y Doctor en Derecho, se inclina por estimar que las limitaciones de los derechos individuales, en supuestos excepcionalísimos, no es sino la vía adecuada para que tales derechos sobrevivan en el futuro próximo.

Un preciso examen de la evolución histórica patria, constitucional y en las específicas leyes de orden público, lleva a un esquemático y exhaustivo examen de la legalidad vigente.

Excelente exposición sucinta del contenido del título de este trabajo monográfico.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, SUS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS EN LA LRJ-RAC, LEY 30/92, DE 26 DE NOVIEMBRE

Rafael Matamoros Martinez, Comandante Auditor, describe, con precisión y profundidad, el régimen de la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas, en desarrollo de imperativos constitucionales.

El autor detalla, con buena técnica jurídica, los diversos supuestos de actuación negligente de las Administraciones, su funcionamiento normal y anormal, y su responsabilidad objetiva, distinguiendo las actividades reguladas por el Derecho Público y el Privado.

Se examinan los elementos de la responsabilidad: la lesión resarcible, relación de causalidad, los sujetos de la relación jurídica, la indemnización y la reparación; el procedimiento es tratado exhaustivamente.

Agota el tema el autor con los regímenes especiales (Estado-Juez y Estado-Legislador), y las responsabilidades de Autoridades y funcionarios.

Como jurista militar examina la posible especialidad del régimen de responsabilidad por los errores en materia disciplinaria militar, propugnando un procedimiento administrativo específico que se aplique a todas las sanciones disciplinarias.

Los sistemas de resarcimiento a militares y guardias civiles a consecuencia de los actos de servicio son recogidos, junto con los derivados de daños bélicos, terroristas, etc, sin olvidar la responsabilidad militar y de los Guardias por pérdida o deterioro de material, o efectos, bajo su custodia.

En fin, interesante y completo trabajo en lo genérico y valiosísimo en lo específico.

Luis B. Alvarez Roldan

FERNANDEZ SEGADO, F.: El nuevo diseño del servicio militar: la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre. En: Revista de Administración Pública. nº 129, septiembre-diciembre, 1992, pág. 77-112

El Catedrático de Derecho Constitucional Francisco FERNANDEZ SEGADO, cultivador asiduo de temas relacionados con el ordenamiento jurídico militar, se ocupa en esta ocasión de *El nuevo diseño del servicio militar: la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre*, título del trabajo que publica en el número reseñado de la RAP.

El artículo constituye una exposición, de carácter fundamentalmente descriptivo, muy completa de la nueva regulación del servicio militar. Va precedido el análisis de la Ley 13/1991 de una referencia a sus antecedentes inmediatos, muy útiles para enmarcar y valorar el sentido de la regulación ya vigente y el alcance de sus principales innovaciones. Esos antecedentes son de doble orden.

Así, el Profesor FERNANDEZ SEGADO inicia su trabajo con un repaso o recordatorio al proceso de reforma del servicio militar dentro del tema, más amplio, del llamado *modelo de Fuerzas Armadas* que se suscitó concretamente con motivo del debate de investidura presidencial tras las elecciones generales de 1989. Esta iniciativa daría lugar a la creación, en el seno de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, de una Ponencia encargada del estudio del tema que, tras los consiguientes trabajos, presentó a mediados de 1991 un documento base en el que, entre otras materias, se abordaba el tema relativo a la prestación del servicio militar. Las líneas maestras del documento sobre esta cuestión son expuestas en el trabajo que comentamos, así como las alternativas o propuestas de modificación que fueron presentadas por los distintos grupos parlamentarios. El texto final de dicho documento fue aprobado por el Pleno del Congreso en sesión de 27 de junio de 1991, a partir del cual el Gobierno elaboraría el Proyecto de Ley del Servicio Militar.

El otro antecedente de interés está constituido por la regulación anterior del servicio militar, contenida en la Ley 19/1984, de 8 de junio, cuyo esquema general nos ofrece también el autor a modo de punto de referencia antes de adentrarse en el estudio de la nueva ley.

Tras unas líneas sobre la estructura y contenido de la Ley Orgánica 13/1991, FERNANDEZ SEGADO sistematiza los *principios que vertebran la nueva ordenación jurídica del servicio militar* (reafirmación del modelo de servicio militar por recluta universal, exclusión de la mujer de la obligatoriedad del servicio militar, reducción del periodo de prestación del servicio, etc.), hasta un total de once, que a continuación va analizando sucesivamente, lo que ofrece un panorama francamente completo del contenido de una norma que, dentro de las dis-

cutibles opciones, todas legítimas, sobre el sistema de organización de la Defensa Nacional, pretende estatuir un modelo de contribución ciudadana a esa tarea acorde con planteamientos y exigencias modernas, tanto en el orden social como en el jurídico e incluso económico.

En todos esos aspectos es aquí ponderada, de manera sucinta pero muy clara, la nueva disposición legal, con especial énfasis, como es natural, en los ámbitos en los que resulta más novedosa (así, por ejemplo, en el nuevo diseño de la situación de reserva del servicio militar, la modernización del régimen de vida en los acuartelamientos o la regulación detallada —*quizá la gran novedad de la Ley*, dice el autor— de los derechos y deberes de los militares de reemplazo).

Como se ve, pues, un acercamiento a un sector básico, y de gran repercusión social, del ordenamiento militar, útil no sólo para quien pretenda obtener una visión global sobre su actual regulación sino también para los que nos ocupamos cotidiana y profesionalmente de temas jurídico-militares —o militares, a secas—, por el juicio siempre equilibrado que el Profesor FERNANDEZ SEGADO ofrece en sus análisis.

Antonio Mozo Seoane

3. MISCELANEA

VI CURSO SOBRE REGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR, CELEBRADO DESDE EL 13 HASTA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 1993

Este Curso abre la actividad docente en el segundo semestre, asistiendo cuarenta Oficiales Superiores de Tierra, Mar, Aire, Guardia Civil y Cuerpos Comunes.

La importancia del tema del Curso y el enorme interés por aclarar conceptos sobre la aplicación de la Ley Disciplinaria Militar, se acreditó por los centenares de solicitudes de asistencia.

Profesores de esta Escuela y compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, a lo largo de quince conferencias, examinaron la totalidad de la citada ley; interminables intervenciones de los asistentes, incluso en los tiempos de descanso, opiniones sobre casos reales, y debate de casos prácticos patentizaron la expectativa de la importancia del Régimen Disciplinario.

La conferencia final, y clausura del Curso, corrió a cargo del General Consejero Togado Excmo. Sr. D. EUGENIO SANCHEZ GUZMAN, entregándose los pertinentes Certificados de Asistencia y un recuerdo de la E.M.E.J. a los asistentes quienes, durante un vino español, aún seguían formulando cuestiones a los "jurídicos".

**II CURSO SOBRE REGIMEN JURIDICO DE LAS
ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMUN, MAS CITADA COMO LEY 30/92 DEL
20 AL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993**

Los asistentes, cuarenta Oficiales Superiores de los tres Ejércitos, Cuerpos Comunes y Guardia Civil, formularon sus dudas y concluyeron el curso con más dudas.

Los conferenciantes, quince insignes profesores universitarios, funcionarios del M.A.P., del Consejo de Estado y miembros del Cuerpo Jurídico, trataron exhaustivamente el articulado íntegro de la Ley 30/92.

La última conferencia fue pronunciada por el General Consejeroogado Exmo. Sr. D. MIGUEL TORRES ROJAS, quién clausuró el curso, y presidió la entrega de los Certificados de Asistencia. La confraternización con los compañeros de armas concluyó con la entrega de un recuerdo de la E.M.E.J. y degustación de un vino español.

**VI CURSO DE DERECHO DE LA GUERRA, DEL 27
DE SEPTIEMBRE AL 1 DE OCTUBRE DE 1993, CON LA
COLABORACION DEL CENTRO DE DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA**

Oficiales Superiores, hasta un número de cuarenta, de Ejército de Tierra, Armada, Ejército del Aire, Cuerpos Comunes y Guardia Civil, asistieron con gran atención y participación al Curso.

La primera conferencia, inaugurada, fue impartida por el General Togado Exmo. Sr. D. JOSÉ LUIS FERNANDEZ-FLORES, Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado.

Los conferenciantes son profesores del citado centro, y la mayoría Oficiales Superiores de nuestros tres ejércitos y del Cuerpo Jurídico Militar.

Especial dedicación mereció, sobre todo en las intervenciones de los asistentes, el tema humanitario bélico; interesante intercambio de opiniones entre militares: Jurídicos y de las Armas.

Clausuró el Curso, tras impartir la última conferencia, el Coronel Auditor, Director de la E.M.E.J., Ilmo. Sr D. LUIS B. ALVAREZ ROLDAN, quien entregó a los asistentes su certificado de asistencia y un recuerdo.

Un vino español aunó a asistentes y conferenciantes.

II CURSO DE CAPACITACION PARA EL DESEMPEÑO DE LOS COMETIDOS DE OFICIAL SUPERIOR DEL CUERPO JURIDICO MILITAR, DEL 4 DE OCTUBRE AL 4 DE NOVIEMBRE DE 1993

Capitanes Auditores, dedicaron parte de sus vacaciones veraniegas, y septiembre, a documentarse y elaborar un trabajo monográfico sobre la Ley 30/92 (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El volver a ser alumnos fue adecuadamente asumido por trece "viejos Capitanes", algunos incluso Profesores de la E.M.E.J. días antes. Para unos su aula de Cadetes, para otros la nueva Escuela común.

Derecho constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal Militar, Derecho Disciplinario, Derecho de la Guerra, Contratación Administrativa, Derecho Procesal Militar, Derecho Social y Urbanismo, junto con Informática Jurídica, fueron las materias en clases ordinarias, que se vieron complementadas con conferencias de temas de general interés, impartidas por cualificados Generales Auditores, Catedráticos y Profesores de Universidad.

Un punto de encuentro, confraternización, e intercambio de conocimientos y experiencia, entre compañeros que ingresaron en Cuerpos Jurídicos —hoy único— de los tres Ejércitos, y estudio con rigor científico de las dos ramas básicas: Asesoramiento y Jurisdicción.

Y ...exámenes y calificaciones, en cada asignatura y por el trabajo monográfico; justa consecuencia de mayores conocimientos y esfuerzos.

Una placa de agradecimiento a la Escuela, cena de Profesores y Alumnos, y clausura por el Excmo. Sr. D. BRUNO OTERO DEUS, General Consejero Togado y Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa.

II CURSO DE CAPACITACION PARA EL DESEMPEÑO DE LOS COMETIDOS DE OFICIAL GENERAL PARA CUERPOS COMUNES DE LAS FAS., DEL 2 AL 30 DE NOVIEMBRE DE 1993

Setenta Coroneles de los Cuerpos Jurídico Militar, de Intervención, y de Sanidad (médicos, veterinarios y farmacéuticos) fueron convocados por la Dirección General de Enseñanza en la Escuela Militar de Sanidad, donde en sus amplias aulas se desarrolló la fase común del curso.

Reencuentros y nuevos conocimientos entre compañeros de diversas procedencias universitarias y común dedicación a las FAS, para recordar y profundizar en conceptos relativos a las relaciones internacionales, política de Defensa nacional, comunicación social y relaciones públicas, economía de la defensa, logística, derecho militar y gestión administrativa.

La E.M.E.J. con sus profesores y conferenciantes desarrolló lo referente a Derecho Militar y, en colaboración con la E.M.I., la cuestión administrativa.

La segunda fase del Curso, en las Escuelas Militares respectivas.

La Escuela Militar de Estudios Jurídicos organizó un ciclo de conferencias impartidas por Magistrados y Fiscales de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, Generales Consejeros Togados, Generales Auditores y Catedráticos de Universidad.

El mayor esfuerzo de los Coroneles Auditores se concretó en la elaboración, exposición y defensa, de un trabajo monográfico ó tesina, que versó sobre aspectos diversos de la Ley de mayor interés y actualidad: Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La última lección, de esta fase, fue impartida por el General Consejero Togado, y Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa, Excmo. Sr. D. BRUNO OTERO DEUS.

La clausura, celebrada en la Escuela Militar de Sanidad, fue presidida por el Secretario de Estado de la Administración Militar, Excmo. Sr. D. JULIAN ARÉVALO ARIAS, tras la conferencia del Director del Curso General de Sanidad Excmo. Sr. D. JOSÉ RAMON GUTIERREZ DIEZ.

MINISTERIO DE DEFENSA
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES

