

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**63** ENERO  
JUNIO  
1994

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# Revista Española de Derecho Militar

## Director:

Francisco Blay Villasante,  
General Consejero Togado

## Consejo Editorial:

José Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Bruno Otero Deus, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. Fernando Pérez Esteban, General Consejero Togado, Fiscal Togado. Eugenio Sánchez Guzmán, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Miguel Torres Rojas, General Consejero Togado, Vicesecretario General Técnico.

## Delegado del Consejo de Redacción:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto,  
General Auditor, Vocal Togado del Tribunal Militar Central.

## Consejo de Redacción:

Luis Bernardo Alvarez Roldán, Coronel Auditor. Javier Aparicio Gallego, General Consejero Togado. Jesús Bello Gil, Teniente Coronel Auditor. José Luis Bermúdez de la Fuente, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Agustín Corrales Elizondo, Coronel Auditor. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Comandante Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor. Carlos Girgado Doce, General Auditor. Germán Martínez Aznar, Teniente Coronel Auditor. José Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Capitán Auditor, Letrado del Consejo de Estado. Antonio Millán-Garrido, Comandante Auditor, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. Antonio Mozo Seoane, Coronel Auditor. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Teniente Coronel Auditor, Fernando Pignatelli Meca, Teniente Coronel Auditor.

## Secretario:

Francisco Menchén Herreros,  
Coronel Auditor

## Secretarios Adjuntos:

José Manuel Salvador Temprano, Teniente Coronel Auditor. Alfonso Barrada Ferreirós, Comandante Auditor y M.<sup>a</sup> Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología.

## Corresponsales

Ministerio de Defensa: Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Comandante Auditor. Guardia Civil: José Luis Egido Trillo-Figueroa, Coronel Auditor. R.M. Sur: José Rojas Caro, Coronel Auditor. R.M. Levante: Manuel Eusebio Perucho Franco, Coronel Auditor. R.M. Pirenaica O.: Jesús Otea Salas, Teniente Coronel Auditor. R.M. Pirenaica Occ.: Luis Miguel Maside Miranda, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Canarias: Juan López-Montero Velasco, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Baleares: Eduardo Calderón Susín, Teniente Coronel Auditor. C.G. Armada y Jur. Cent.: Alfredo de la Figuera López, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Estrecho: Javier Alvarez-Ossorio Benítez, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Cantábrico: Eugenio Pereira González, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Canarias: José Federico Duret Argüello, Comandante Auditor. 1.º R.A.: Manuel Rubio Sanromán, Teniente Coronel Auditor. 2.º R.A.: Carlos Melón Muñoz, Comandante Auditor. 3.º R.A.: Julián Peña Paradelo, Coronel Auditor. Z.A. Canarias: Juan Antonio Senén Ramírez, Coronel Auditor.

## Redacción:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos. C/ Princesa, 32 - 28008 Madrid.  
Teléfs.: (91) 559 21 19 - 559 21 60

## SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.  
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: (91) 320 25 00 (ext. 4222)  
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 redacción.  
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su Dirección.

**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**63** ENERO  
JUNIO  
1994



MADRID

## CATALOGACION DEL CENTRO DE DOCUMENTACION DEL MINISTERIO DE DEFENSA

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

## CATALOGACION CORRESPONDIENTE AL AÑO 1994 (N. 63)

REVISTA española de derecho militar : 63, enero-junio /  
[Escuela Militar de Estudios Jurídicos /]. — Madrid : Ministerio  
de Defensa, Secretaría General Técnica, [1994]. — 420 p.;  
24 cm  
NIPO 076 - 94 - 040 - 3. — D. L. M. 1958  
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  
Imprime: Fareso, S.A.



# INDICE GENERAL DEL NUMERO 63 ENERO-JUNIO 1994

## I. DOCTRINA

### 1. ESTUDIOS

- 1.1. Jiménez Villarejo, José: La reforma penal militar. Determinación e individualización de la pena ..... 13
- 1.2. Oraá Rodríguez, Luis: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) núm. 24, de 6 de octubre de 1992 ..... 37
- 1.3. González Cano, M.<sup>a</sup> Isabel: La ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito castrense y el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria ..... 71

### 2. NOTAS

- 2.1. Escribano Testaut, Pedro: La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional ..... 113
- 2.2. López García, Eloy-Manuel: Los beneficios penitenciarios en la nueva normativa militar ..... 143

## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACION

- Orden 13/1994, de 2 de febrero, por la que se regula la Comisión Asesora de Publicaciones en el Ministerio de Defensa. 181
- Instrucción 26/94, de 17 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar, dando directrices sobre provisión de destinos en relación con la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre ..... 181
- Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del militar de empleo de la categoría de oficial. 181
- Real Decreto 969/1994, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en las materias de Zonas de Interés para la Defensa Nacional, Reclutamiento para el Servicio Militar y Seguridad Social de las Fuerzas Armadas ..... 181

|   |     |
|---|-----|
| — Orden 49/1994, de 20 de mayo, sobre compromisos del personal de tropa y marinería en misiones internacionales .....   | 181 |
| — Resolución 57/1994, de 31 de mayo, del Secretario de Estado de Administración Militar, por la que se constituyen los Departamentos y las Secciones Departamentales correspondientes a los centros docentes de la Enseñanza Militar de Formación de Grado Superior y Medio ..... | 181 |
| — Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia.                         | 182 |
| — Resolución 56/1994, de 2 de junio, del Secretario de Estado de Administración Militar, por la que se dan instrucciones para la evaluación, calificación y clasificación de los alumnos de la Enseñanza Militar de Formación .....   | 182 |
| — Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar .....  | 182 |
| — Resolución número 69/1994, de 30 de junio, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre guardias y servicios de los alumnos de los Centros Docentes Militares de Formación .....   | 182 |

## 2. JURISPRUDENCIA

|   |     |
|---|-----|
| 2.1. Constitucional. Por Antonio Mozo Seoane .....                            | 185 |
| 2.2. Penal y Procesal Militar .....   | 197 |
| 2.3. Contencioso-Disciplinaria Militar .....                                  | 227 |
| 2.4. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández ..... | 251 |

## 3. DOCUMENTACION

|   |     |
|---|-----|
| 3.1. El Derecho Militar y la utilización de las Fuerzas Armadas en un nuevo orden mundial. Ponencia presentada por el Grupo español en el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (Viena, 13-17 de junio de 1994) ..... | 281 |
| 3.2. Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones del mantenimiento de la paz .....  | 323 |
| 3.3. Información del CEDIH sobre el estado de aceptación de los Convenios humanitarios, datos actualizados a 30 de junio de 1994 .....  | 343 |

### III. BIBLIOGRAFIA

#### 1. RECENSION DE LIBROS

- 1.1. España. Legislación sobre Defensa Nacional. Edición preparada por Gustavo Suárez Pertierra. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos, 1994. Por Eduardo Montull Lavilla ..... 349
- 1.2. Pérez-Cabezos y Gallego, Esther y Puyol Montero, Francisco Javier: Derecho Procesal Penal y Militar. Guía Práctica. Madrid, Reus, 1994. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto ..... 354
- 1.3. Pulido Quecedo, Manuel (comp.): La Constitución Española. Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pamplona, Aranzadi, 1993. Por Luis B. Alvarez Roldán ..... 356
- 1.4. Cuatro aspectos de la Defensa Nacional (una visión universitaria). Madrid, Ministerio de Defensa, 1993 (Monografías del CESEDEN, 7). Por Antonio Millán-Garrido ..... 358
- 1.5. González-Varas Ibáñez, Santiago: Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa. «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», núm. 29. Lorenzo Jiménez, José Vicente: Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo. «Cuaderno del Consejo General del Poder Judicial», núm. 33. Por Antonio Mozo Seoane ..... 362
- 1.6. Millán-Garrido, Antonio: Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Madrid, Trotta, 1992. Por Joaquín Brage Camazano ..... 371

#### 2. RECENSION DE REVISTAS

- 2.1. Rassegna della Giustizia Militare. Anno XIX núms. 3-4, Maggio-Agosto, 1993. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto ..... 375
- 2.2. Pérez del Valle, Carlos: La prueba del error en el proceso penal. En: Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 1994, pág. 413-429. Por Juan Antonio Pérez Parente ..... 378
- 2.3. Rives Seva, Antonio Pablo: El principio *non bis in idem* y su significación actual en el Derecho Administrativo Sancionador. En: Poder Judicial, 2.<sup>a</sup> Epoca, núm. 32, diciembre, 1993, pág. 177-186. Por Alfonso Barrada Ferreirós ..... 380
- 2.4. Gómez-Escolar Mazuela, Pablo: El Fiscal instructor: La experiencia portuguesa. En: Poder Judicial, 2.<sup>a</sup> Epoca, núm. 33, marzo, 1994, pág. 69-81. Por Alfonso Barrada Ferreirós. 382
- 2.5. Márquez de Prado y Noriega, M.<sup>a</sup> Dolores: La atenuante por analogía: Una situación incierta. En: Poder Judicial, 2.<sup>a</sup> Epoca, núm. 33, marzo, 1994, pág. 105-117. Por Alfonso Barrada Ferreirós ..... 386

#### IV. INFORMACION

|  |     |
|--|-----|
| 1.1. El XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra .....             | 391 |
| 1.2. Curso de Derechos Humanos en la República Centroamericana de El Salvador, durante los días 11 al 13 de mayo de 1994 ..... | 400 |
| 1.3. Visita a Hungría de la Delegación Jurídica española .....   | 402 |
| 1.4. Mesa Redonda en la Escuela Superior del Aire sobre prohibición del uso de la fuerza y seguridad colectiva .....           | 412 |
| 1.5. Seminario de la función pública militar. (Zaragoza, 14 de enero al 25 de marzo de 1994.) .....                            | 414 |

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

## LA REFORMA PENAL MILITAR. DETERMINACION E INDIVIDUALIZACION DE LA PENA (\*)

José Jiménez Villarejo  
*Presidente de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo*

### SUMARIO

I. LA JURISDICCION MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA.—II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA.—III. LA DETERMINACION DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL MILITAR: 1. UNA EXPLICACION DE LA ESPECIALIDAD. 2. ARBITRIO JUDICIAL FRENTE A LEGALISMO ARITMETICO.—IV. LA DETERMINACION DE LAS PENAS EN EL CODIGO PENAL MILITAR: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DETERMINACION DE LA PENA EN RAZON DEL GRADO DE PERFECCION DEL DELITO Y FORMAS DE PARTICIPACION. 3. DETERMINACION DE LA PENA EN RAZON DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES E INDIVIDUALIZACION.

#### I. LA JURISDICCION MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA

El día 1 de junio de 1986 entraron en vigor, simultáneamente, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. En ese momento, sus respectivas disposiciones derogatorias abrogaron el Tratado Segundo, llamado «Leyes Penales», del Código de Justicia Militar de 1945, en que se contenía la normativa reguladora tanto de los delitos como de las faltas militares. El Código Penal Militar fue reservado para los delitos militares y vaciado de la regulación atinente a las faltas o infracciones disciplinarias. Estas, encomendada su represión a las Autoridades y Mandos militares, adquirieron desde el punto de vista formal —otra cosa es que siga siendo cuestionable su verdadera naturaleza— una apariencia inequívocamente administrativa. Por otra parte, el delito militar fue sometido a una rigurosa redefinición mediante la delimitación

---

(\*) Este estudio se ha publicado en la *Revista del Foro Canario*, núm. 87, 1993.

de dos de sus elementos esenciales —el sujeto activo y bien jurídico protegido— de modo que se configuró como atentado a bienes o intereses específicamente militares cometido por miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos militares, si bien subsisten algunos tipos delictivos que pueden tener como sujeto activo a un civil, excepción que se amplía considerablemente en tiempo de guerra. Comenzaba, con esta reforma legal en el plano sustantivo, el cambio profundo y gradual que ha experimentado la jurisdicción militar en los últimos años, fenómeno que acaso no ha recibido todavía, por parte de los estudiosos del Derecho no directamente relacionados con el ámbito castrense, toda la atención que, en mi opinión, merece.

El segundo paso lo dio la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar —cuya *vacatio legis* se prolongó hasta el 1 de mayo de 1988— que reorganizó la jurisdicción militar sobre bases sustancialmente nuevas. Para reconocer que así fue, basta recordar que, en su virtud: *a)* la potestad jurisdiccional ha sido transferida de las antiguas Autoridades Judiciales —que no eran sino los Capitanes y Comandantes Generales de Regiones y Departamentos— a los nuevos Tribunales Militares; *b)* éstos que se han constituido como órganos independientes, permanentes y predeterminados por la Ley, integrados por miembros del Cuerpo Jurídico, a los que se incorporan, en el acto de la vista, un número inferior de profesionales de las Armas, con función análoga a la de los «escabinos»; *c)* que a los nuevos jueces militares se ha otorgado, en garantía de su independencia, un estatuto paralelo al de los jueces y magistrados; *d)* que se han establecido importantes puntos de conexión entre la jurisdicción militar y la ordinaria, atribuyendo funciones gubernativas sobre la misma al Consejo General del Poder Judicial y, sobre todo, creando la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

Finalmente, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, derogó al Tratado Tercero del viejo Código de Justicia Militar, llamado «Procedimientos militares», e instauró un proceso muy próximo en sus principios y líneas generales al proceso penal común y un proceso denominado recurso contencioso-disciplinario militar, inspirado en el contencioso administrativo, que es el cauce por el que discurre el control jurisdiccional —otra importante novedad— que los órganos judiciales militares y la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ejercen sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria militar. En el campo del Derecho penitenciario sigue vigente un texto preconstitucional, cual es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares aprobado por Real Decreto de 22 de diciembre de 1978, con las correcciones que en el mismo han introducido la Ley Proce-



sal Militar y alguna otra norma de rango inferior. Pero, con esta única excepción, puede decirse que ya ha culminado, con fórmulas naturalmente discutibles, la tarea que al legislador español encomendó el artículo 117.5 de la Constitución que, como es sabido, no sólo salvó la permanencia de la jurisdicción militar al proclamar el principio de unidad jurisdiccional, sino ordenó que la Ley que regulase su ejercicio en el «ámbito estrictamente castrense» estuviese de acuerdo con la Constitución. Poner de acuerdo con la Norma de 1978 el Ordenamiento jurídico militar heredado del pasado, en su triple dimensión orgánica, sancionadora y procesal, exigía ciertamente transformarlo casi radicalmente. Este ha sido el sentido del preceso reformador a que, brevísimamente, me he referido.

## II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA

La orientación global de estas jornadas exige, evidentemente, centrar la atención de esta ponencia en la reforma del Derecho Penal Militar. No sobre la reforma en su conjunto —tema que, por obvias razones de tiempo, pondría al ponente ante la alternativa de hacer un análisis superficial o ensayar una síntesis insuficiente— sino sobre un aspecto concreto de la misma. Consciente del riesgo que supone siempre una elección que puede dejar en la sombra problemas muy importantes y, acaso, los que para algunos sean los preferentes, pienso que uno de los cambios más significativos determinados por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985 —cambio que puede servirnos de introducción a lo que será materia específica de esta reflexión— lo encontramos en el artículo 5.º del nuevo Texto, que dice así:

«Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código».

Esta remisión al Código Penal común para todo lo que no esté previsto en el militar y en cuanto sea compatible con la «naturaleza» del delito militar, significa algo más que declarar al primero legislación supletoria, ya que el considerable aligeramiento del Libro Primero del Código Penal Militar —sólo cuarenta y ocho artículos, de los que doce son en realidad cláusulas de interpretación auténtica que empiezan así: «A los efectos de este Código se entenderá...»— ha convertido al Libro Primero del Código

Penal en texto de directa y permanente aplicación por la jurisdicción militar. La derogación del Código de Justicia Militar ha supuesto, ante todo, una sensible reducción de la materia penal sometida a la jurisdicción militar en la doble medida en que ha sido abandonado, para la fijación de su competencia, cualquier criterio distinto de la naturaleza del delito y se ha redefinido el delito militar, según ya quedó indicado, contrayéndolo a las acciones u omisiones, normalmente perpetradas por militares, que lesionan o ponen en peligro intereses o bienes específicamente castrenses. Pero ha supuesto también, como consecuencia de lo establecido en el artículo 5.º del Código Penal Militar, la renuncia a la pretensión de que la indiscutible especialidad del Derecho Penal Militar comporte la existencia de un Código «integral» con un Libro de disposiciones generales propio y distinto del que figura en el Texto punitivo común. De aquí en adelante, pues, no será del todo correcto hablar del Derecho Penal Militar como una rama autónoma del Derecho sancionador, siendo seguramente más atinada la concepción del mismo como un capítulo especial —todo lo extenso y singularizado que se quiera— del Derecho Penal. Me atrevo a sugerir, de pasada, que este cambio suscite un mayor interés doctrinal hacia el Derecho Penal Militar del que hasta ahora ha sido acostumbrado. Y me permito apuntar, también al vuelo, una breve reflexión sobre las causas posibles del cambio a que me refiero. Si la contracción del concepto del delito militar y la *reducción del círculo de competencia de la jurisdicción militar se presentaba al legislador de 1985 como una insoslayable consecuencia de la obligada limitación de aquella jurisdicción al «ámbito estrictamente castrense»* —artículo 117.5 de la Constitución— el abandono de la «integralidad» de la Ley penal militar y la extensión a la misma de las normas generales del Código Penal, *no sólo han podido estar aconsejados por consideraciones de índole científica, sino también por cierta necesidad* —presente en todo proceso de modernización— de sustituir las pautas particularistas por las inspiradas en el universalismo. Por la misma razón que apenas tiene sentido, en una sociedad democrática, singularizar en exceso al grupo social constituido por los profesionales de las armas —los ciudadanos de uniforme sólo se han de distinguir del resto de los ciudadanos en lo que sea funcionalmente necesario— tampoco lo tendría reivindicar, para el Derecho sancionador militar la profunda autonomía que inevitablemente deriva de una Parte General propia.

Ahora bien, supuesta la aproximación del Derecho Penal Militar al común, operada por la considerable pérdida de contenido del Libro Primero del Código Penal Militar, hay que reconocer que el mayor número de las

especialidades que aún subsisten se concentran en el Título III de dicho Libro, dedicado a «las penas». No es posible, dentro de los límites que impone una ponencia de esta naturaleza, abordar la totalidad de los problemas que plantea el contenido penológico del Código Penal Militar. A partir de la inclusión de la pena de muerte en tiempo de guerra —en mi opinión, absolutamente lamentable— nos saldrían al paso, sin duda alguna, una larga serie de temas. De nuevo hemos de elegir uno de los posibles —ahora ya definitivamente— y ceñirnos a las cuestiones relacionadas con la determinación e individualización de las penas.

### III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL DERECHO MILITAR

#### 1. *Una explicación de la especialidad*

No debe sorprender que sea precisamente en la regulación de las penas y, concretamente, en el régimen de determinación de las mismas —que se establece en el Capítulo IV del Título III del Libro primero del Código Penal Militar, bajo la denominación «aplicación de las penas»— donde persisten importantes especialidades en relación con el Código Penal. El Ordenamiento penal militar es, como cualquier otro de la misma naturaleza, el instrumento de mayor fuerza coactiva con que se pretende conseguir el control social y la configuración del comportamiento de sus destinatarios. Estas finalidades presentan, sin embargo, un perfil muy distinto cuando se trata de alcanzarlas en el seno de los Ejércitos. Por razones de eficacia e incluso de pervivencia, en los ejércitos se aspira a ejercer desde el mando un control más intenso y más extenso —es decir, referido a más aspectos del comportamiento— que el que sería admisible fuera de ese ámbito. En principio, puede decirse que los militares, miembros de un grupo social fuertemente jerarquizado y disciplinado, tienen reglamentados aspectos de la vida que, para el resto de los ciudadanos, se dejan a la libre iniciativa de cada cual y —lo que acaso sea más importante— que el nivel de obediencia a la norma se espera que sea más alto en los miembros de las Fuerzas Armadas que en el común de los ciudadanos. A ello debe añadirse que únicamente cuando la persona es definida como un fin en sí misma y se reconoce su prioridad con respecto al grupo, la definición del Derecho Penal como última *ratio* es verdaderamente aceptada; y esa es la razón por la que en la sociedad tradicional se tendía, con mayor frecuencia que en la actual, a imponer las pautas vigentes de comportamiento mediante el inme-

diato y expeditivo uso del arsenal punitivo del Estado. Siendo ello así, no debe extrañar demasiado que el Derecho Penal utilizado históricamente por los ejércitos —una institución generalmente nutrida de valores tradicionales— para asegurar el control social *ad intra* —un control, no lo olvidemos, intenso y extenso— haya tenido un acervo de penas más o menos singulares, ni que su aplicación haya estado inspirada en criterios igualmente singulares. Ello no quiere decir, claro está, que tales singularidades sean una inevitable consecuencia, en el plano jurídico-penal, de los rasgos estructurales de la institución militar y, mucho menos, de la institución militar propia de una sociedad democrática. Acaso sea oportuno recordar en este momento que la explicación de un fenómeno no comporta necesariamente su justificación y que por el mero hecho de haber quedado explicado —en el caso de que verdaderamente lo haya sido— el fenómeno en cuestión no tiene garantizada su permanencia en el tiempo. Pero, sea como sea, el hecho es que, habiéndose atribuido tradicionalmente a la pena en el Derecho sancionador militar una función no del todo ni siempre coincidente con la que se le ha asignado en el Derecho penal común, y estando la función de la pena en la base de toda regulación sobre su determinación e individualización, las normas establecidas en el Ordenamiento castrense en relación con esta materia han sido siempre distintas de las comunes.

## 2. *Arbitrio judicial frente a legalismo aritmético*

Recordemos —aunque pueda provocar justificado enojo que se invite a «recordar» lo que se tiene perfectamente presente— que en el sistema de determinación de penas acogido por nuestros Códigos Penales desde que el de 1848 fijó las líneas fundamentales, se ha puesto decididamente el acento sobre el momento de la previsión legal y se ha tendido a restringir considerablemente —con independencia de que se haya logrado o no— el margen de dicisión reservado al juez. Bajo la doble inspiración de la desconfianza del primer liberalismo en el arbitrio judicial y la preocupación retribucionista, nuestros Códigos han cuidado siempre de trazar unas fronteras muy precisas a la tarea judicial de individualización de las penas, enmarcándola para cada delito dentro de límites máximos y mínimos perfectamente definidos y relativamente cercanos, y han establecido un conjunto de reglas rigurosas para los casos en que concurren circunstancias atenuantes y agravantes, tipificándolas de forma marcadamente casuística y considerándolas de preceptiva aplicación. Y para que el sistema así con-

cebido funcione adecuadamente se ha dividido a las penas que lo permiten en grados y se ha cuantificado el tiempo que cada uno de ellos abraza. Este legalismo aritmético, fruto de una encomiable preocupación por la seguridad jurídica y también de una obsesión ingenua por preverlo todo desde la Ley, ha provocado, como es sabido, críticas razonables desde la perspectiva de posiciones doctrinales muy diversas. No es éste, lógicamente, el momento ni de extenderse más en la exposición de lo que es sobradamente conocido ni de repetir críticas ajenas. Si me he permitido esta breve recapitulación, ha sido sólo por ofrecer un marco de referencia útil para el examen de la normativa militar sobre la misma materia.

Es un lugar común invariablemente repetido que la determinación de las penas en el ámbito de la jurisdicción militar ha estado tradicionalmente presidida, entre nosotros y en el Derecho comparado, por el más amplio arbitrio judicial. Ello es cierto, pero para ponerse en guardia ante una pretendida correlación «natural» entre Derecho Penal Militar y ancho arbitrio judicial, conviene puntualizar desde ahora que cuando esta facultad de los Tribunales militares recibe, en el Derecho español, una significativa ampliación, aunque siempre había sido mayor que la otorgada a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, es con la promulgación del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, es decir, con el Código castrense de la dictadura.

En el Código de Justicia Militar de 1945, las penas de privación de libertad, que eran la reclusión y la prisión, se caracterizaban, desde el punto de vista de su duración —artículo 211— por la enorme distancia que mediaba entre sus límites mínimo y máximo. La reclusión duraba de doce años y un día a treinta años y la prisión, de seis meses y un día —por debajo de este límite las sanciones no eran penas, sino correctivos disciplinarios— a doce años. Y conviene tener en cuenta que gran número de delitos, especialmente si se cometían en tiempo de guerra, estaban castigados con la pena de reclusión en toda su extensión e, incluso, con la de reclusión a muerte —lo que significaba que el límite mínimo de la pena legalmente conminada era de doce años y un día de privación de libertad, y el máximo la pena capital— o con pena que oscilaba, por ejemplo, entre seis años de prisión y veinte de reclusión. Estas penas, por otra parte, no estaban divididas en grados ni se podían, en principio, dividir las señaladas para cada delito en términos cuantitativos. El sistema de degradación de las penas en razón del grado de perfección del delito y de la forma de participación —artículo 236— coincidía con el del Código Penal común. En cambio, las circunstancias atenuantes —artículo 186— y las agravantes

—artículo 187— no eran de aplicación preceptiva, comenzando su respectiva enumeración legal, no con el verbo definitorio «son» circunstancias atenuantes o agravantes, que es la fórmula empleada por el Código Penal, sino con la expresión «podrán apreciarse como». El valor meramente orientativo de las mismas aparecía explícitamente en el artículo 192, en que se decía: «En los delitos comprendidos en este Código —especificación comprensible puesto que la jurisdicción militar conocía también de delitos comunes por razón del lugar en que se cometían y de la persona responsable— los Tribunales militares, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes (...), impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que consideren justa», detallándose a continuación una serie de factores, subjetivos y objetivos, que los Tribunales habrían de tener en cuenta también, es decir, además y conjuntamente con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, para la imposición de la pena que considerasen justa. Este arbitrio quedaba aún más claro y se ensanchaba desmesuradamente, más allá de todo límite razonable, al disponer el artículo 193 que, en los delitos a que se refería el artículo anterior —los comprendidos en el Código de Justicia Militar— «los Tribunales militares podrán libremente apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas (...) imponiendo respectivamente la pena inferior o superior a la que tuviese señalada el delito en la extensión que estimen justa». La pena superior a la señalada al delito se formaba con un período de tiempo igual a la mitad de su límite máximo y la inferior con un período de tiempo igual a la mitad límite mínimo —art. 239— pero lo realmente estremecedor es que cuando se partía de la pena de reclusión en toda su extensión o de veinte años y un día a treinta años de reclusión, la inmediata superior a éstas —según el artículo últimamente citado— era la de treinta años de reclusión a muerte. Lo que significa que se ponía en manos de los Tribunales militares la posibilidad de imponer —con el único requisito o condición de que la considerasen justa— la pena de muerte a una persona declarada responsable de un delito conminado en la Ley con pena exclusivamente privativa de libertad.

No suscribo a la opinión de quienes han interpretado el mayor arbitrio judicial concedido a los Tribunales militares, con la extensión que ha quedado sumariamente expuesta, como una respuesta correctora, surgida en el momento de la elaboración de los Códigos castrenses de finales del siglo pasado, al sistema dosimétrico establecido en el Código Penal de 1848, que tantas críticas había recibido. No lo creo así, en primer lugar, porque cuando vieron la luz el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal

de la Marina de Guerra de 1888, el aritmetismo legal de 1848 ya había sido atenuado por la importante reforma que, en éste como en tantos otros aspectos, supuso el Código de 1870 y, en segundo lugar, porque en el momento de promulgarse el Código de Justicia Militar de 1945, que amplió los límites del arbitrio concedido en los Textos que le precedieron, estaba en vigor el Código Penal de 1944 que, como es sabido, suavizó considerablemente las cortapisas legales tradicionalmente impuestas a la individualización judicial de la pena. Y tampoco me parece que en el origen de la regulación de 1945 sea fácil descubrir una especial preocupación por propiciar la aplicación, desde los Tribunales militares, de criterios de individualización extraídos del principio de prevención especial. Quizás la enumeración de los factores que en el artículo 192 se ofrecían a la consideración de los Tribunales, juntamente con las circunstancias atenuantes y agravantes, para que impusiesen la pena que estimasen justa sería suficiente para descartar casi en absoluto toda posible preocupación preventivo-especial, pues tales factores eran: «el grado de perversidad del delincuente —con lo que éste no podría ser conceptuado ni tratado sino como más o menos «perverso»—, sus antecedentes, la trascendencia del hecho, el daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, las clases de pena fijadas y si el delito fue cometido en acto de servicio, fuera de éste o con ocasión del mismo, y tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marineras, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar o de navegación».

Me atrevo a decir, por ello, que el arbitrio judicial establecido en el Código de Justicia Militar de 1945 era, antes que ninguna otra cosa, un residuo —o un rebrote, según se mire— del arbitrio característico del Derecho Penal del absolutismo, época en que los jueces, no vinculados todavía por los principios de legalidad e igualdad, podían imponer penas superiores e incluso distintas de las previstas en la Ley si lo consideraban necesario para conservar el orden establecido intensificando el temor de los súbditos. Se trataba, pues, de un arbitrio preliberal y premoderno, en modo alguno pensado y planeado para superar las deficiencias y disfuncionalidades que una mentalidad moderna podía descubrir en el legalismo aritmético de la normativa común. Así lo entendieron, seguramente, buena parte de los aplicadores del viejo Código, que hicieron constantes y notables esfuerzos por trasladar a la jurisdicción militar, con el saludable afán de incrementar en el ejercicio de la misma los niveles de seguridad jurídica, las

líneas de orientación y los principios generales que inspiran la regulación de la determinación e individualización de la pena en el Código Penal común, considerado por aquéllos, sin duda alguna, como técnicamente superior. Aquel sabor arcaico del arbitrio judicial admitido en el anterior Ordenamiento penal militar no dejaba de percibirse, por lo demás, en los argumentos con que la institución era justificada o defendida. Me refiero, naturalmente, a la constante —sólo objetable en tanto que unilateral— referencia al mantenimiento de la disciplina como fin prioritario a que tiende el Derecho Penal Militar y como valor supremo que a toda costa se ha de tutelar mediante el mismo, a la idea, íntimamente emparentada con la anterior, de que la prevención general —básicamente entendida como prevención de la indisciplina— no sólo debe inspirar, como es lógico, el momento de la amenaza o conminación legal, sino el de la individualización judicial, y a la insistencia con que se aduce, en favor de este desplazamiento de la prevención general al momento individualizador, la dimensión ejemplarizadora de la pena militar, con lo que la misma conlleva de instrumentalización de la persona del reo y, sobre todo, de postergación de la culpabilidad como fundamento o límite de la pena.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

##### 1. *Consideraciones previas*

En una superficial aproximación, se diría que el Código Penal Militar de 1985, que mantiene el sistema tradicional del arbitrio judicial en el ámbito jurisdiccional castrense, sólo aporta la novedad de que la individualización penal —artículo 35, párrafo segundo— deberá ser razonada en la sentencia. Con ser muy importante esta innovación, un estudio atento de toda la normativa relacionada con la determinación de la pena puede conducirnos a la conclusión de que la nueva regulación es un punto de partida capaz de cambiar profundamente la situación precedente.

Antes de entrar en materia, conviene poner de manifiesto que el artículo 24, en que se relacionan las penas que pueden imponerse por delitos comprendidos en este Código, ha simplificado considerablemente el cuadro de sanciones, las penas principales son: muerte en tiempo de guerra, prisión, pérdida de empleo, inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar, confinamiento y destierro. Ha desaparecido, pues, la antigua distinción entre reclusión y prisión. Sólo existe una pena



privativa de libertad, a cuya problemática voy a limitar mi atención en el resto de esta ponencia. Junto a ello, es necesario puntualizar que se ha producido un acortamiento de la mencionada pena, lo que ha provocado un llamativo desfase —llamativo por la mayor severidad que cabe esperar de la norma penal militar— entre el Código Penal Militar y el Código Penal, al que se pondrá fin en el momento en que se convierta en Ley el actual Anteproyecto del Código Penal. La pena de prisión, según el artículo 26 del Código Penal Militar, tiene una duración de tres meses y un día a veinticinco años. En ningún caso —artículo 40— la pena puede ser inferior a tres meses y un día —si la privación de libertad fuese inferior a ese límite no sería pena, sino sanción disciplinaria—, lo que comporta la grave deficiencia de que resulte imposible, en la práctica, imponer la pena inferior que corresponda, en los casos, muy numerosos por cierto, en que la pena señalada al delito tiene como límite mínimo precisamente el de tres meses y un día. En tres ocasiones se prevé en el Código una duración excepcional de treinta años para la pena privativa de libertad: cuando se establece —artículo 39— el tiempo máximo de cumplimiento a que puede ser sometido el condenado a varias penas, lo que lógicamente se aplica también a las penas restrictivas de libertad; cuando se fija —artículo 40, párrafo primero— el límite a que se puede llegar mediante la imposición, al autor de un subtipo agravado, de la pena superior a la señalada por la Ley para el tipo básico, y cuando —artículo 40, párrafo segundo— se dice que la pena inferior a la de muerte será de la veinte a treinta años de prisión. Este último precepto, por lo demás, parece superfluo, toda vez que la pena de muerte no está prevista en ningún caso como pena única ni como límite máximo de una pena compuesta, sino como alternativa de otra pena privativa de libertad, y no se alcanza cómo puede ser necesario, en el momento de la determinación judicial de la pena, imponer la inferior a la que nunca es legalmente preceptiva.

El nuevo Código sigue fiel a la pauta, congruente con el propósito de mantener el arbitrio judicial, de no dividir las penas en grados. No tendría, evidentemente, sentido hacerlo con una pena de prisión que puede durar desde tres meses y un día hasta veinticinco años. Pero tampoco están divididas en grados, aunque son de amplitud mucho menor, las penas de confinamiento y destierro. Ni se prevé la división para las penas señaladas, en términos cuantitativos, para cada delito. Esto puede plantear graves problemas de individualización, a causa de los límites excesivamente amplios del campo en que normalmente se puede mover el juzgador. Existen, en efecto, numerosos tipos delictivos para los que la pena legalmente con-

minada oscila, por ejemplo, entre quince y veinticinco años, cinco y quince años, tres y diez años, o tres meses y un día y cinco años. Esta amplitud es aún mayor, a semejanza de lo que ocurriría en el Código de Justicia Militar, cuando se trata de delitos cometidos en tiempo de guerra o en otras circunstancias de excepcional gravedad, en cuyo caso puede encontrarse, a veces, una previsión legal de diez a veinticinco años de prisión, con el añadido de que, en tiempo de guerra y como pena alternativa, puede imponerse la de muerte. Véase, entre otros, el artículo 109, cuyo primer párrafo dice así:

«El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».

En contraste con lo anterior, la técnica a utilizar para la determinación de la pena inferior o superior a la señalada, en principio, por la Ley permite una rebaja o incremento, respectivamente, de menor alcance que el que aparece, por ahora, en el artículo 70 del Anteproyecto de Código Penal. Según el artículo 40 del Código Penal Militar:

«La pena superior o inferior en grado se determinará respectivamente partiendo del grado máximo señalado por la Ley para el delito de que se trate, y aumentándole un tercio de su cuantía, sin que pueda exceder de treinta años, o partiendo del grado mínimo y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día».

No ha dejado de llamar la atención entre los comentaristas, y ha suscitado severas críticas en más de uno, la utilización, en este precepto, de los términos «grado máximo» y «grado mínimo», absolutamente ajenos al lenguaje jurídico militar clásico por no haber estado nunca divididas en grados las penas militares. Podemos pensar que se trata de un *lapsus*, pero no creo que tengamos que lamentarlo demasiado. Una aproximación de las categorías del Derecho Penal Militar a las del Derecho Penal común, aunque sea meramente semántico y acaso no deliberada, debe ser siempre bien recibida. Incluso cuando, como ocurre en este caso, las categorías momentáneamente tomadas del Derecho Penal Común están en trance de ser sustituidas por otras.

## 2. *Determinación de la pena en razón del grado de perfección del delito y formas de participación*

No existiendo en el Código Penal Militar definición alguna de las fases en que puede fragmentarse el *iter criminis* en la hipótesis de una ejecución imperfecta, ni tampoco reglas que dispongan los efectos penalmente degradantes de las formas imperfectas, el juez militar habrá de estar a lo establecido sobre el particular en los artículos 3, 4, 51 y 52 del Código Penal. Por lo que a las formas de participación se refiere, tampoco encontramos ya en el Código Penal Militar preceptos en que se defina la autoría, las modalidades de participación que a la misma se asimilan y la complicidad y en que se fije la pena degradada que a los cómplices deba corresponder, por lo que también en esta materia serán de aplicación los artículos 14, 16, 49 y 53 del Código Penal. Algo distinto acontece con el encubrimiento al que dedica el artículo 23 del Código Penal Militar una regulación específica, cuando del encubrimiento de un delito militar se trata, en un sentido que podemos calificar como de mayor severidad que la del Código Penal. Esta nota se advierte especialmente en el tratamiento del favorecimiento personal en el que cabe destacar estos tres rasgos: *a)* esta modalidad de encubrimiento es punible siempre que el delito previo o encubierto, cualquiera que sea su naturaleza, se halle castigado con pena cuyo límite mínimo sea un año de prisión o sus autores sean reincidentes; *b)* al encubridor que obre con abuso o quebranto de funciones públicas se le impone, además de la pena privativa de libertad, la de suspensión de su cargo o inhabilitación absoluta según la gravedad del delito previo, y *c)* la excusa absolutoria prevista en el artículo 18 del Código Penal existe, para los delitos militares, en circunstancias normales, pero desaparece en tiempo de guerra. Pues bien, de acuerdo con esta pauta de mayor severidad, al encubridor de un delito militar no se le castiga con la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del delito, tal como dispone el artículo 54 del Código Penal, sino con la pena inferior en uno o dos grados.

## 3. *Determinación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes e individualización*

De acuerdo con la normativa instaurada por el Código Penal Militar, las circunstancias atenuantes y agravantes deben ser consideradas de preceptiva aplicación a los efectos de la determinación de las penas. No era así,

como hemos visto, bajo la vigencia del Código de Justicia Militar, aunque no faltaron entonces meritorios esfuerzos teóricos por demostrar lo contrario y aunque, en la práctica, los jueces militares graduaron, casi sistemáticamente, las penas en función de las circunstancias típicas concurrentes. En este momento, el primer párrafo del artículo 22 del Texto vigente no deja lugar a dudas en relación, al menos, con las atenuantes:

«En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes:

1.º Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas.

2.º La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso».

Los términos taxativos que utiliza el precepto —«serán estimadas como atenuantes», además de las previstas en el Código Penal, las dos específicas del Código Penal Militar— permiten afirmar, con toda seguridad, que ninguna circunstancia atenuante realmente concurrente puede dejar de ser apreciada por el Tribunal.

La cuestión no es tan clara en el campo de las agravantes. El párrafo segundo del citado artículo 22 se limita a decir:

«La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor».

Tras una primera lectura, en que pusiésemos frente a frente las palabras con que comienzan los párrafos primero y segundo del artículo 22 —«serán estimadas como atenuantes *versus* la reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad en los delitos militares»— podría pensarse que mientras todas las atenuantes, las comunes y las específicas del Derecho militar, deben producir el efecto que les es propio en la responsabilidad por delitos militares, sólo la agravante de reincidencia es de inexcusable apreciación, de suerte que quedaría al arbitrio del juzgador que las demás circunstancias enumeradas en el artículo 10 del Código Penal —a las que

el Código castrense no añade ninguna —agravasen o no, en cada caso concreto, la responsabilidad criminal derivada de un delito militar.

Aunque pueda parecer que esta interpretación tiene a su favor la lógica de la simetría que cabe esperar de los dos párrafos de un mismo precepto, no creo que sea la más correcta. No diciéndose nada sobre el particular en el Preámbulo del nuevo Código, me parece razonable pensar que nos encontramos ante un mero defecto de técnica legislativa. Defecto que, por otra parte, encuentra remedio en la consideración de que la frase «serán estimadas como atenuantes» sigue a esta otra: «además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal», es decir, además de las agravantes y atenuantes —todas ellas— previstas en dicho Texto. Personalmente, me atrevo a sugerir la posibilidad de que la mención solitaria de la reincidencia como «circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares» —precisamente una de las agravantes más cuestionadas, sobre la que llueven críticas científicas e incluso sospechas de inconstitucionalidad recientemente descartadas— tiene un significado polémico frente a tales críticas y, acaso especialmente, frente a la desaparición de la reincidencia de la lista de las agravantes que figuraba en el artículo 24 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal, que el Ministerio de Justicia dio a conocer el año 1983. No me parece una hipótesis descabellada que los autores del Código Penal Militar, al establecer las bases para la graduación de la responsabilidad por los delitos militares, y dando por supuesto el preceptivo efecto agravatorio de todas las circunstancias previstas en el artículo 10 del Código Penal, estimasen oportuno subrayar —no entro en la cuestión de si con razón o sin ella— que ese efecto lo tiene también la reincidencia en el ámbito militar, ante la eventualidad de una reforma de sentido contrario en la legislación penal común.

La forzosidad de que cualquier circunstancia apreciada, atenuante o agravante, se refleje en la extensión de la pena a imponer no plantea ningún problema cuando el efecto —concretamente, en el caso de las atenuantes— sea la degradación de la pena. Así, el artículo 36, según el cual:

«Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia 2.<sup>a</sup> del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la Ley»,

no suscita cuestión alguna. Sólo llaman la atención del intérprete —y me limito a dejar constancia de ello en espera de ocasión que permita una más detenida atención —la inexistencia de la categoría de la atenuante muy

calificada, el otorgamiento de la condición de privilegiada a una atenuante específicamente militar —con tal intensidad, por cierto, que la misma puede producir la degradación de la pena incluso cuando concurre con una agravante y el menor efecto atenuatorio que significa la posible imposición de la pena inferior en grado, en comparación con el establecido en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal, en la que se concede a los Tribunales la facultad de imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados. Del mismo modo, el artículo 37 a cuyo tenor:

«En los casos en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código Penal prevé al efecto»

se limita a reproducir, en lo sustancial, la norma contenida en el artículo 66 del Código Penal con dos matizaciones y una salvedad que tampoco, lógicamente, pueden ser silenciadas. De un lado, se sustituye la rebaja común de la pena en uno o dos grados por la imposición de la pena inferior en grado. De otro, siendo preceptiva en la legislación común, al menos, la rebaja en un grado, ésta pasa a ser facultativa, particularidad ésta que, como la anterior, se inscriben en la tradición de mayor severidad característica de la legislación penal militar y también, en cierto modo, en la tradición del mayor arbitrio judicial. Por otra parte, se incorpora la salvedad de que la degradación de la pena, eventualmente operada por la concurrencia de una eximente incompleta, se entiende sin perjuicio de las medidas de seguridad que el artículo 9.1.º del Código Penal prevé, con el carácter de facultativas, para los casos en que se aprecia una eximente incompleta en relación con los números 1.º y 3.º del artículo 8 del mismo Código, salvedad ésta que inexplicablemente no se hizo en el artículo 66 del Texto común con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, por lo que, en este aspecto, el Texto militar mejora técnicamente a su modelo.

No existe en el Código Penal Militar ninguna referencia a la entidad del efecto atenuatorio de la circunstancia atenuante de minoridad. Algunos han interpretado este silencio como una singularidad que transmuta, en el ámbito militar, a la menor edad en atenuante no privilegiada. No participo de este punto de vista. Con independencia de la poca frecuencia con que encontraremos en la práctica delitos militares cometidos por menores de dieciocho años —sólo acaso los que pueden tener como sujeto activo a una persona no perteneciente a los Ejércitos— es lo cierto que no existe razón alguna de peso para no aplicar a los autores de delitos militares las

consideraciones de política criminal que aconsejan un tratamiento sancionador diferenciado para los jóvenes. El artículo 65 del Código Penal, en consecuencia, me parece comprendido en la remisión general del artículo 5.º del Código Penal Militar.

Cuando realmente comienzan los problemas es cuando se trata de precisar los efectos que han de tener en la fijación de la pena las atenuantes no privilegiadas y las agravantes. El artículo 35 del Código Penal Militar sólo contiene una regla clara para la determinación de las penas —regla que, por otra parte y como veremos más adelante, no tiene relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— configurándose, por lo demás, como un conjunto de reglas generales para la individualización, que parece mantener, con un importante elemento de reacionalización, el arbitrio tradicional de los jueces militares. Merece la pena leer con detenimiento el texto íntegro de este precepto:

«En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la Ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúa deberá ser razonada en la sentencia».

No parece que suscite dudas, leyendo atentamente esta norma, la ineludibilidad de «tener en cuenta» las circunstancias atenuantes y agravantes en el momento de la concreta determinación de la extensión de la pena. La cuestión es el «cómo». Coincidiendo con la casi totalidad de los comentaristas de este precepto, creo que puede ser descartada la aplicación de las reglas del artículo 61 del Código Penal. Cabe entender que este artículo, con su medida y cuidadosa previsión de la tarea judicial en la fijación de la pena, entra en contradicción con el propio artículo 35 del Código Penal Militar, claramente inspirado por la preocupación opuesta de asegurar un amplio arbitrio en el desempeño de dicha tarea, contradicción que impide opere en esta materia la remisión general al Código Penal que, como se recordará, realiza el artículo 5.º del Texto militar. A lo que hay que añadir que el hecho de no estar divididas en grados las penas militares constituye

un obstáculo prácticamente infranqueable a la aplicación de unas reglas que, obviamente, descansan sobre el presupuesto de penas divididas en tres grados. Es por ello por lo que tanto la jurisprudencia del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar, como la doctrina que se ha elaborado en torno a este problema en el campo del Derecho Penal Militar, han sostenido que el artículo 61 del Código Penal tiene valor meramente orientativo e indicativo, pero no vinculante, para la determinación de las penas militares.

Debo reconocer que la solución me parece tan correcta técnicamente como insatisfactoria desde el punto de vista de la política criminal. Aún más insatisfactoria si, como es frecuente y en absoluto ilógico, de la anterior premisa se llega a la conclusión de que las atenuantes y agravantes no tienen un valor distinto, a efectos de fijación de la pena, al de los demás factores enumerados en el artículo 35 del Código Penal Militar, reduciéndose su función, en definitiva, a concurrir con aquéllos en el tramo individualizador de la pena. Porque esta conclusión es capaz de vaciar de sentido el explícito mandato legal del artículo 22 —«serán estimadas como atenuantes»—, así como el mandato implícito que existe también, según hemos tenido ocasión de comprobar, en relación con las agravantes. A lo que hay que añadir el peligro que representa para la seguridad jurídica y para la debida adecuación de la pena a la culpabilidad, habida cuenta del ancho margen de que disponen los Tribunales militares para moverse entre los límites máximo y mínimo de la pena señalada por la Ley a cada delito.

¿Cuál será, pues, la solución? Sin perjuicio de admitir que el artículo 35 ha supuesto una mejora muy importante en el sistema precedente —algún comentarista lo ha calificado, con razón, como uno de los mayores aciertos del nuevo Texto—, me permito sostener, con la vista puesta en la ampliación del arbitrio judicial, que, en este particular como en otros, se anuncia en el Anteproyecto del Código Penal, que la solución es terminar definitivamente con esta singularidad del Derecho Penal Militar. La especialidad de éste, derivada de los bienes jurídicos que tutela y de la primordialidad que en él se debe atribuir a la prevención general, justifica un catálogo peculiar de conductas penalmente típicas y, hasta cierto punto, un eventual endurecimiento de la advertencia legal contra algunas de ellas. Pero no se alcanza la razón, como no sea la pura inercia histórica, por la que dicha especialidad, que ya no puede impedir la plena vigencia en el Derecho Penal Militar del principio de culpabilidad, como lo demuestra el artículo 2.º del Código Penal Militar, haya de seguir justificando un arbitrio judicial distinto del que se reconoce en el ámbito de la jurisdicción ordi-



naria para garantizar la adecuación de la pena a la culpabilidad y la consecución, en lo posible, de los fines preventivo-especiales de la pena. La aparición de un nuevo Código Penal determinará, con toda probabilidad, la necesidad de reajustar el Código Penal Militar en más de un aspecto, porque no son pocos los artículos del mismo que ha sido redactados teniendo como marco de referencia, bien el vigente Código Penal, bien el Proyecto de 1980, bien la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Esa puede ser la oportunidad para establecer una normativa única, en el ámbito común y en el militar, para regular la materia que es objeto de esta ponencia. Y ello podrá ser llevado a cabo seguramente sin romper del todo con la tradición propia del Derecho Penal Militar, puesto que las reglas previstas en el Capítulo II del Título III del Libro Primero del Anteproyecto de Código Penal publicado el 30 de diciembre de 1991 —que lleva por título «De la aplicación de las penas»— perfilan, sobre la base de penas de extensión razonable, no divididas en grados, un sistema de amplio arbitrio judicial.

El artículo 35 presenta, finalmente, cuatro innovaciones con respecto a su precedente en el Código de Justicia Militar —el artículo 192— que merecen ser objeto de consideración.

A) La relación de los factores que, bien concurriendo con las atenuantes y agravantes, bien operando *a posteriori* sobre la extensión de la pena que la apreciación de aquéllas haya dejado al arbitrio del juzgador, han de ser tenidos en cuenta en la individualización penal, parece estar pensada para que, en ese supremo momento de la realización de la justicia penal, se tenga presente la medida de la culpabilidad —graduación y función militar del culpable, naturaleza de los móviles que le impulsaron, gravedad del hecho—, las necesidades de la prevención especial —personalidad del culpable— y consideraciones conectadas con la prevención general —trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio, así como el lugar de la perpetración—, si bien es perceptible el relegamiento de estas últimas a un segundo plano y la colocación de las primeras en lugar prioritario. Interesa señalar entre los indicados factores de individualización, por su especialidad o por el carácter sintomático de su configuración, «la personalidad del culpable», que ha sustituido al antiguo y estigmatizante «grado de perversidad del delincuente»; la «graduación» y la «función militar» del mismo, que remite a la mayor o menor exigibilidad de otra conducta según el grado que se ostenta y la función más o menos relevante que se cumple, «la naturaleza de los móviles» que impulsaron al culpable, íntimamente unida a la tradicional preocupación eticista del De-

recho militar, y el lugar de perpetración del hecho, circunstancia tan importante desde el punto de vista militar que sirvió, en el pasado, como criterio para atribuir a la jurisdicción militar la competencia para conocer de toda clase de delitos y faltas que se cometiesen en lugares aforados, y que hoy queda reducida a dato que debe tenerse en cuenta, sin duda por la especial protección de que se rodean determinadas zonas.

B) Así como en el viejo Código de Justicia Militar la ponderación de las atenuantes y agravantes y demás *circunstancias concurrentes* había de conducir a los Tribunales militares a la imposición de la pena en la extensión que estimasen «justa», ahora dicha ponderación debe llevarlos a la pena que estimen «adecuada». Algún comentarista ha saludado el cambio terminológico como prueba del talante modernizador del legislador de 1985, en tanto la remisión al concepto y sentido de lo justo de los Tribunales implicaba encomendar la fijación de la pena a factores puramente subjetivos e incluso irracionales, en tanto el concepto de pena adecuada supone una cierta objetivización de los criterios a utilizar. La observación es atinada y seguramente en la mente del legislador estuvo el sano propósito de introducir un elemento de modernización y racionalización, aunque no debe dejar de señalarse que, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, verdadero proyecto ético-social, el concepto de la justicia y de lo justo no es el que cada uno de los aplicadores del Derecho encuentra en el fondo de su conciencia —con ser ésta siempre respetable—, sino el que se deduce de la Norma Fundamental y, especialmente, del Título preliminar y del Título I. Teniendo esto en cuenta, no creo que se haya mejorado significativamente el texto sustituyendo la expresión «justa» por la de «adecuada».

C) La única regla de determinación de la pena que se contiene en el artículo 35 es la que cierra el primer párrafo: «especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión». Nos encontramos aquí ante una importante excepción al principio de libre arbitrio judicial, que convierte en irrelevante la atenuante específica del artículo 22.1.<sup>o</sup> —no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas, si el mismo perteneciese a las clases de tropa o marinería— toda vez que esta circunstancia, únicamente aplicable a militares no profesionales, no tiene un efecto atenuatorio legalmente determinado y sí lo tiene, en cambio, la condición de no profesional del culpable: la imposición de la pena en menor extensión. El significado

de esta última frase —«en menor extensión»— suscita, sin duda alguna, problemas de interpretación, pero acaso tengamos aquí ya una norma vigente que nos obliga a dividir la pena señalada por la Ley en dos mitades iguales, al modo que prevé el artículo 63 del Anteproyecto de Código Penal, y a llevar a cabo la individualización, si concurre la circunstancia de referencia, sólo dentro de la mitad inferior.

D) Finalmente se establece en el artículo que comentamos el deber del Tribunal de razonar en la sentencia la individualización penal que efectúa. En este párrafo final sí que se establece un importante contrapeso al arbitrio de los jueces militares en la determinación de la pena y un elemento riguroso de racionalización capaz de reducir el riesgo de la arbitrariedad. En primer lugar, porque el Tribunal tendrá que exponer las razones en cuya virtud impone la pena en una determinada extensión y no en otra. Bien entendido que no se entenderá que «razona» si se limita a decir que ha tenido en cuenta las circunstancias y factores enumerados en el artículo 35, convirtiendo la prudente previsión del mismo en una cláusula de estilo. Y en segundo lugar, porque la obligada exposición de las razones de la individualización penal convierte a ésta, en todo caso, en juicio de valor revisable por el Tribunal superior, es decir, revisable en casación, porque no es concebible que la aplicación de los factores y circunstancias —todos ellos elementos normativos— a tener en cuenta en la fijación de la extensión de la pena, pueda estar libre, en ningún caso, de un posible reproche por infracción de Ley. En el Derecho Penal Militar, por consiguiente, el amplio arbitrio de que goza el Tribunal de instancia a la hora de individualizar la pena no está acompañado de la discrecionalidad que se sustrae al control casacional.

Una última observación en relación con la posibilidad de revisar, mediante el recurso de casación, la operación individualizadora de la pena. Conviene caer en la cuenta de que la mera existencia del recurso de casación es capaz de trastocar, desde sus raíces más profundas, el sistema de individualización penal tradicionalmente vigente en el Derecho Penal Militar. Si el recurso de casación estuvo siempre ausente en los mecanismos procesales de aplicación de este Derecho, ello no fue, como es obvio, casual, sino lógica consecuencia de la disparidad existente entre la filosofía política de la que nació la casación y la política criminal concomitante con la finalidad primordial que tradicionalmente ha sido asignada a la pena militar. La casación surge a impulso de la preocupación liberal por asegurar el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, para

lo que se considera necesario, en los albores de la revolución, limitar al máximo el arbitrio de los jueces y establecer un instrumento de control que garantice, al mismo tiempo, la interpretación uniforme de la norma general y el derecho de los ciudadanos a ser iguales ante la Ley. En el Derecho Penal Militar, por su parte, se pretende realizar la función ejemplarizadora de la pena ampliando el arbitrio de los jueces para que éstos puedan fijar, con el mayor desembarazo, la extensión de la pena que en cada caso aconseje el mantenimiento del valor esencial de la disciplina. La casación penal aparece por primera vez en el Ordenamiento jurídico-militar español, por obra de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que introduce en el Código de Justicia Militar las reformas puntuales que en ese momento parecen especialmente inaplazables. Pero cabe poner en duda que el propósito del legislador, en aquella coyuntura, no fuese sino arbitrar, con carácter de urgencia, una vía para que, en el proceso militar, no continuase flagrantemente desconocido el derecho que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, reconoce a toda persona declarada culpable de un delito, a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior. Así autorizaría a pensarlo, no sólo que el órgano a que se atribuyó el conocimiento del nuevo recurso de casación —el Consejo Supremo de Justicia Militar— nunca estuvo definido como Tribunal de Casación, sino el hecho manifiesto de que parte de la normativa penal sustantiva que siguió vigente —concretamente la reguladora de la determinación e individualización de la pena— no ofrecía apenas un marco legal adecuado para llevar a efecto el control casacional de lo que, sobre el particular, resolviesen los Tribunales inferiores. La situación pasa a ser absolutamente distinta cuando, sustituido el «Tratado de Leyes Penales» del Código de Justicia Militar por el Código Penal Militar —y muy especialmente, vigente ya su artículo 35—, se crea un verdadero órgano de casación, la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, en la cúspide de la jurisdicción militar. A partir de ese instante, puede decirse que la operación individualizadora de los jueces militares, aun realizándose dentro de unos límites marcadamente amplios, está sometida a un control de legalidad, para el que se cuenta con elementos normativos claramente definidos, atribuido a un Tribunal de casación.

## BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique: *La individualización de la pena en la reforma penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: *Aplicación de las penas (arts. 35-45)*. Comentarios al Código Penal Militar. Madrid, Cívitas, 1988.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: «Arbitrio judicial y circunstancias del delito». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: «Comentario de urgencia al Código Penal Militar». *Revista General de Derecho*, núm. 487, 1985.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. Universidad de Valencia, 1990.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *La prevención general en la determinación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: «Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La aplicación y sustitución de la pena». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. PPU, 1990.
- MIR PUIG, Santiago: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Determinación de la pena y política criminal». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE PRIETO, JOSÉ LUIS: «El Código Penal Militar». *Revista General de Derecho*, núm. 40, abril, 1986.
- ROXIN, CLAUS: «Prevención y determinación de la pena». Traducción de Muñoz Conde. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1979.
- ZIPE, HEINZ: «Principios fundamentales de la determinación de la pena». Traducción de Santiago Mir Puig. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MANUEL: *La prevención general en la individualización judicial de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, 1981.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
(SALA DE LO MILITAR)  
NUMERO 24, DE 6 DE OCTUBRE DE 1992**

Luis Oraá Rodríguez  
*General Auditor*

*SUMARIO*

I. JUSTIFICACION DEL TEMA.—II. LOS HECHOS—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO: 1. INTRODUCCION. 2. VARIACION DE LA CAUSA DE LA SANCION. INTERPRETACION ERRONEA DEL ARTICULO 372.2 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 3. DEBIO FUNDAMENTARSE EL FALLO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA EN LA VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD.—IV. EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO FUERA DE PLAZO POR EL ABOGADO DEL ESTADO. 1. ANTECEDENTES. 2. RECURSO DE SUPLICA DE LA PARTE RECURRIDA. 3. ADMISION DEL RECURSO. 4. EL MOTIVO DE CASACION. 5. OPOSICION DEL FISCAL TOGADO AL RECURSO DE CASACION. V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR.—VI. SOBRE LA PRETENSION INDEMNIZATORIA POR DAÑOS MORALES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA. CONSIDERACIONES. VII. CONCLUSIONES.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El objeto de este trabajo se centra en analizar los criterios jurídicos mantenidos por la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992, que confirmó parcialmente la sentencia de instancia favorable a la guardia civil demandante, a virtud del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero (Barcelona) dictada en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

De no haber sido por el recurso de casación, hubieran podido pasar inadvertidos los errores de la sentencia recurrida, que se aprecian incluso desde la perspectiva de la parte victoriosa en la litis.

En todo caso, no tenía dicha parte la posibilidad legal de impugnar la sentencia por inexistencia de trascendencia causal de los equivocados fundamentos en el fallo, ya que ningún gravamen o perjuicio produjo a la actora. Ni, curiosamente, debiera ser otro el fallo, sino subsistir el mismo

con los distintos fundamentos jurídicos que se propondrán como más acertados en Derecho a juicio del comentarista.

Los referidos errores de motivación en que incurrió la sentencia del TMT *a quo* no sólo se reforzaron con la sentencia de la SM, sino que ésta incidió a su vez en una nueva equivocación liminar más grave que la afectante al fondo, cual es aceptar pacíficamente la personación del representante y defensor del Estado mediante el escrito de interposición del recurso de casación, que fue presentado fuera de plazo.

El caso contemplado y resuelto en la sentencia de mi atención, pese a la escasa entidad de los hechos y al modesto empleo militar de la protagonista, comprende aspectos de verdadero interés y es de problemática jurídica muy rica. No en vano se dictó en casación promovida por la Abogacía del Estado, lo que no es frecuente en supuestos carentes de importancia e, incluso, forzándose el plazo de presentación del escrito de interposición, que ya estaba declarado caducado por la misma Sala.

La mencionada sentencia de la SM, acertada en el fallo principal, resulta imperfecta en su fundamentación por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup> Porque en el aspecto formal tiene por admitido el recurso de casación frente a una sentencia que devino firme *ipso iure*.

2.<sup>a</sup> Porque respecto al fondo del pleito confirma el fallo de la sentencia impugnada, anulatoria de la sanción disciplinaria, con base en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en lugar del derecho fundamental de legalidad.

Y es que se confundió «causa» y «motivo» de la sanción impuesta. La primera no puede ser otra que la notificada a la agente interesada. En síntesis, «salir del domicilio estando de baja por enfermedad para tomar el sol y el baño». El «motivo» fue, presuntamente, «estar de baja injustificadamente».

Se tomó por «causa» lo que era simple «motivo». De haberse ponderado la verdadera causa tenida en cuenta por la Administración sancionadora, se habría declarado judicialmente la infracción del derecho de legalidad proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución, dado que «salir del domicilio...» no se encuentra definido como falta leve en el artículo 8.2 de la LO 12/1985 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aplicado a la sazón.

El acercamiento al tema enunciado responde a dos relevantes consideraciones, diferenciando «causa» y «motivo» para evitar la tergiversación de ambos conceptos:

- «Causa», la sensibilidad jurídica del autor de estas reflexiones, afectado por la admisión por la SM de un recurso de casación planteado extemporáneamente. Suficiente para justificar la dedicación de algunas horas al examen de la sentencia que consintió en aquella admisión.
- «Motivo», ofrecer la colaboración a la *Revista Española de Derecho Militar* por entender que el caso pudiera ser de interés general para sus lectores por lo sorprendentemente novedoso de la sentencia.

Desde luego, acato la decisión del Alto Tribunal, lamentando no poderla compartir por los razonamientos jurídicos que se expondrán.

Aclaro que la crítica se hace con ánimo constructivo, siendo solamente su objeto la sentencia en sí misma considerada en cuanto «acto de vida humana objetivada» (RECASENS SICHES). En tal sentido me parece parcialmente errónea y, por ende, no ajustada a Derecho, dicho sea con el debido respeto, que extendiendo desde el principio a la totalidad de este trabajo.

Estoy convencido con certeza absoluta, y no con simple presunción, en que sí se fundamentó la sentencia cuestionada, que los excelentísimos señores Magistrados de la Sala formaron su convicción con cumplida intención de justicia. Quedando subjetivamente indemnes a la labor crítica, que refiero, insisto, a la polémica sentencia como entidad autónoma, objetiva e impersonalizada, respecto a la cognición de quienes la elaboraron.

Al tiempo —15 octubre 1990— de la sanción enjuiciada se impuso a la misma guardia civil por el propio Mando una segunda sanción de arresto en el domicilio en extensión de ocho días por falta leve de idéntica definición legal. Porque «habiéndose dado orden concreta para la asistencia al acto de la Misa en la Santa Iglesia Catedral de esta capital (Teruel), con motivo de la Patrona del Cuerpo, lo hizo vistiendo de paisano (*sic*), incumpliendo lo ordenado por la Superioridad».

Agotada la vía disciplinaria, acudió la sancionada a la vía jurisdiccional ante el TMT 3.º, en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, que se siguió bajo el número 1/1991 y en el que recayó sentencia confirmatoria del acto sancionador. Recurrída nuevamente, en casación ante la SM, dictó sentencia número 13 de 20 de abril de 1992, en el rollo 2/95/91, acordando la anulación de los actos impugnados por no ser conformes a Derecho en cuanto vulneraron el derecho fundamental a la presunción de inocencia. La sentencia merece comentario aparte.



Por último, decir que por no disponer los lectores de los textos íntegros de las resoluciones administrativas y judiciales me he visto obligado a presentar con detalle, a veces de modo reiterativo, las vicisitudes de la vía administrativa y de la vía jurisdiccional de instancia para mejor comprensión de los problemas que la sentencia de la Sala y mi comentario abordan.

## II. LOS HECHOS

La guardia 2.º MV. O. G. destinada en el Núcleo de Servicios de la 423 Comandancia de la Guardia Civil (Teruel) fue sancionada por el Mando de su Compañía con ocho días de arresto a sufrir en el domicilio, sin perjuicio del servicio, como autora de una falta leve de

«la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior»,

definida en el artículo 8.2 y sancionada en el artículo 10 de la mencionada LO 12/1985, porque

«encontrándose de baja para el servicio por enfermedad se ausentaba todos los días desde que se dio de baja y se trasladaba para tomar el sol y el baño en el complejo de la hípica».

Conviene precisar que la interesada estaba en situación de embarazo de cinco meses, con diagnóstico de «placenta marginal» y, por tanto, patológico. Y que se manifestó por vez primera al sufrir un grave desvanecimiento cuando se encontraba de centinela en la Prisión Provincial de Teruel, cayendo al suelo, siendo atendida por sus compañeros de guardia al hacer el relevo del puesto. Así se da por probado en el VII Fundamento Jurídico de la sentencia del TM *a quo*.

No conforme la sancionada, recurrió en alzada al Teniente Coronel Primer Jefe de la Comandancia, que desestimó el recurso argumentando que «el asunto es un sencillo caso de absentismo», «demostrando la recurrente con sus paseos y baños que su estado no es invalidante para el servicio». Y «que se ha prevalecto abusivamente de su estado inicial de gestación para no prestar ningún servicio durante más de dos meses». En consecuencia, mantuvo la sanción y la calificación legal de los hechos, añadiendo —lo que es muy importante— «en relación a la Orden General núm. 32 de 26 de agosto de 1941» (en lo sucesivo, citada como OG).

Planteado segundo recurso de alzada ante el Coronel Jefe del 42 Tercio (Zaragoza), lo desestimó igualmente, confirmando la resolución combatida y por tanto la resolución sancionadora e insistiendo en la tesis del «absentismo injustificado» esgrimida por el Jefe de la Comandancia, sin que se le imputase formalmente a la agente en el parte productor del correctivo.

Por cierto que la expresión antes entrecomillada es «genuinamente laboral», como dice la sentencia impugnada en casación en su VII FJ. Pareciéndome de uso impropio y hasta peligroso por los Mandos de un Cuerpo de indiscutible naturaleza militar, toda vez que las conductas homólogas al «absentismo» tienen sus definiciones específicas, distintas a las del trabajo por cuenta ajena, en las leyes punitivas y disciplinarias militares, y en cuanto a éstas, actualmente, en la LO 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Interpuesto recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario ante el TMT 3.º por la representación de la actora, se alegó en la demanda, entre otras vulneraciones de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la del derecho a la libertad personal (art. 17.1), en conexión con el derecho de legalidad (art. 25.1) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2).

Las dos primeras infracciones se razonaban en la inexistencia de prohibición médica ni de los Mandos a salir del domicilio. Y en la vigencia de una resolución del Director General de la Guardia Civil de 26 de octubre de 1987, incorporada a los Autos, derogatoria —como se verá— de la prohibición de salida del domicilio a los rebajados del servicio por enfermedad que se contenía en la repetida OG núm. 32. Dicha Orden, titulada «Instrucciones referentes a licencias por enfermo y bajas para el servicio por enfermedad», se publicó en el BOC de la Guardia Civil de fecha 1 de septiembre de 1991.

La tercera de las infracciones denunciadas, del derecho a la presunción de inocencia, se fundamentaba en que la baja por enfermedad oficialmente solicitada, otorgada y mantenida por la Superioridad estaba amparada por los partes médicos reglamentarios de baja, de confirmación y de alta, durante el tiempo y hasta el momento previstos por el ginecólogo encargado de la asistencia.

En trámite de contestación a la demanda se opusieron por escrito el Abogado del Estado y el Fiscal Jurídico Militar, entendiéndolo la representación de la Administración que el derecho a la libertad personal invocado de contrario aludía al arresto impuesto en el procedimiento adecuado, ambos conforme a la ley. Verdaderamente se refería al *agere libere* de la actora

a salir de su domicilio, afectado negativamente por una sanción restrictiva de libertad, por cuya razón se alegó en la demanda la conculcación del derecho a la libertad personal anudado al de legalidad. Aunque mejor hubiese sido hablar de derecho a la libertad de circulación del artículo 19 de la CE. No obstante, tal defecto mínimo y sutil de *nomen* del derecho infringido no podría nunca impedir la prosperabilidad de la alegación expuesta, pues se obstaculizaría la demanda con un «formalismo enervante», proscrito por el derecho también fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 25.2 de la CE.

Llegado el trámite de conclusiones, las partes procesales reprodujeron sus pretensiones, señalándose a continuación por la Sala día para la votación y fallo del recurso.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL TERCERO

#### 1. *Introducción*

Para llegar al análisis de la sentencia de la SM conviene comenzar por el examen de la sentencia recurrida en casación y confirmada en la parte relativa a la anulación de la sanción disciplinaria. Con lo que los defectos que en ella se observen han de tenerse por reproducidos en aquella sentencia.

La Sentencia del TM *a quo*» núm. 12/1991, de 30 de septiembre de 1991, recaída en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario núm. 2/1991, declara en el pronunciamiento 1.º del fallo:

«Debemos declarar, y declaramos, que las citadas resoluciones infringen el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE y en consecuencia las anulamos, debiendo desaparecer la anotación del referido correctivo de la documentación de la recurrente».

Inclusive desde el punto de vista de la accionante, vencedora en el pleito, se advierten, paradójicamente, errores en el razonamiento principal de la sentencia. Porque debió declarar el quebrantamiento por la Administración sancionadora del principio y derecho fundamental de legalidad (tipicidad) consagrado en el artículo 25.1 de la CE.

Para ello tendría que haber contemplado como «causa» de la sanción la que fue facilitada en común por las partes al TM. Lo que no hizo, sino

que se limitó a una tímida declaración de que los actos sancionadores infringieron el derecho a la presunción de inocencia.

No es indiferente con mentalidad de jurista ni aun de litigante obtener una sentencia favorable por conculcación de uno u otro derechos constitucionales, pues el de presunción de inocencia es siempre defectivo y subsidiario con relación al de legalidad.

En el segundo caso, la segura convicción judicial sería que el Mando sancionó un comportamiento que, ciertamente, no integraba la infracción disciplinaria. En el primer caso, la convicción, debilitada en cuanto a la inocencia de la sancionada, es que no se pudo probar la comisión de la falta leve imputada.

De ahí que en el VII FJ al final de la sentencia se hable de «meras sospechas» (sobre el supuesto «absentismo» o baja indebida) de la Administración sancionadora «que pudieron —dice dubitativamente— ser susceptibles de confirmación a través de las pertinentes pruebas». Alude a que no se practicó prueba de cargo por dictamen médico acerca de la presunta contraindicación para la embarazada de pasear y bañarse en la piscina. Ejercicios físicos, añadido, relevados de toda prueba en contra de una gestante por ser de notoriedad absoluta que son precisamente saludables y aconsejables a las embarazadas, sin necesidad de peritaje médico.

En resumen, que la «verdad provisional» que implica la presunción de inocencia, de inferior valor a la «verdad definitiva» de la probada inexistencia de infracción sancionable, recuerda el principio general de Derecho *in dubio pro reo*. Que tiene su apoyo en razones de humanidad y clemencia, lo que no es poco; pero no es el caso de la sentencia, que pudo y debió fundamentarse en argumentos de estricta justicia y no de aparente gracia, ahora constitucionalizada por medio de la proclamación del derecho a la presunción de inocencia.

## 2. *Variación de la causa de la sanción. Interpretación errónea del artículo 372.2 de la LEC*

El parte productor del correctivo, *in fine*, firmado por el Teniente Comandante accidental de la Compañía de Plana Mayor, es del siguiente tenor literal: «considerando el hecho merecedor de sanción, con esta fecha —15 de octubre de 1990— le impongo la siguiente: ocho días de arresto a sufrir en su domicilio, sin perjuicio del servicio, como autor de una falta leve incurso en el apartado 2.º del artículo 8.º de la LO 12/1985 del Régi-

men Disciplinario de las FAS, bajo el concepto de «la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior», porque encontrándose de baja para el servicio por enfermedad se ausentaba todos los días desde que se dio de baja y se trasladaba para tomar el sol y el baño en el complejo de la hípica.

Por el contrario, la sentencia de instancia establece en su II y III FJ, reiterado en el VII, que el «motivo», dice a veces, y otras la «verdadera causa» de la sanción, fue «estar de baja injustificadamente».

Ante todo hay que oponer que no pudo legítimamente el TM basar su decisión en una causa sancionadora distinta a la que las partes le sometieron en común a juicio en sus escritos de debate. Y a los que venía sujeto en observancia del principio de aportación de parte comprendido en el principio dispositivo que informa el procedimiento contencioso-disciplinario militar por aplicación supletoria de la LEC, según dispone el artículo 457 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

La sentencia invoca el artículo 372.2 de la LEC, pero lo interpreta equivocadamente. Verdad es que las sentencias han de consignar los «hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse», pero no los que el juzgador designe *ex officio* como si se tratase de los hechos probados en un proceso penal, sino aquellos «en que las partes funden sus pretensiones», según añade el precepto.

Confunde la sentencia, como se adelantó al inicio de esta exposición, «causa» y «motivo» del arresto. La «causa» es el motivo objetivo, principal y determinante; los «motivos» son las razones de tipo subjetivo, accesorio y concomitante con la «causa».

En el supuesto de Autos, la «causa» es indubitadamente, «porque se ausentaba... y se trasladaba»; los «motivos» son los hipotéticos «perjuicios que ocasiona al resto del personal de su Unidad y que por el régimen de vida que hace no parece excesivamente justificada» (la baja). Incidentalmente se contenían aquellos en el parte reglamentario a modo de réplica del Oficial sancionador a los descargos de la agente arrestada, no como reproche justificativo de la sanción.

Tan es la expuesta causa la verdadera, que en la resolución del primer recurso de alzada el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia menciona expresamente la OG núm. 32 de 26 de agosto de 1941 como la norma de régimen interior infringida y determinante de la sanción. Pues bien, en ella se previene: «deberá abstenerse (el enfermo) de salir de su alojamiento o domicilio, a no ser por indicación expresa del médico que le asista, para su mejor curación ni, dentro de él, hacer vida impropia de la enfermedad; el

*no proceder como se preconiza es punible y debe ser severamente sancionado».*

Aquella prohibición de salida se motiva en que «es un deber de todos el procurar del modo más rápido y completo el restablecimiento de nuestras dolencias para la mejor prestación de los servicios a que estemos obligados».

Y continúa la referida OG: «la vida privada de los enfermos dados de baja para el servicio ha de ser vigilada por todos, incluso por los propios compañeros de Puesto, ya que no es el modo más adecuado para recobrar la salud el no prestar la debida atención a la enfermedad o el hacer una vida poco en armonía con ella; el enfermo dado de baja para el servicio ha de dedicar todo su interés a recobrar su salud lo más pronto posible para poder reanudar sus peculiares servicios».

De lo anterior se infiere con evidencia que la norma de régimen interior supuestamente quebrantada, ya que no medió orden concreta del Mando prohibitiva de la salida del domicilio, fue la citada OG de la Dirección General de la Guardia Civil, que justifica o motiva la prohibición en el «perjuicio para el resto del personal». A tales fines previene la vigilancia del curso de la enfermedad por los superiores y los compañeros en términos no exentos de paternalismo y hasta posiblemente contrarios al derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 de la CE.

La repetida OG no se encontraba vigente en el momento de los hechos respecto a la prohibición de salir del domicilio. Por la sencilla y obvia razón de que el Director General del Cuerpo en TP Sección Justicia núm. 2.719, de 26 de octubre de 1987, dirigido al General Jefe de la 1.ª Zona e incorporado a los Autos, resolvió con caracteres de generalidad:

«La situación de baja para el servicio por enfermedad no tiene otro alcance que la dispensa de prestarlo, y *no hay disposición alguna que obligue al enfermo a permanecer en su casa* e, incluso, tampoco hay obstáculo para que pueda salir del lugar de su residencia con las limitaciones del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, en situación similar a la de franco de servicio, y en consecuencia a lo que su estado de salud le permita...»

Aquella decisión del Director General se aplicó en conocida sentencia del propio TMT 3.ª que declaró no ajustada a Derecho por vulneración del derecho fundamental a la libertad de circulación la sanción impuesta en

Jaca (Huesca) el 24 de junio de 1989 al guardia civil XXX por haber salido del acuartelamiento sin causa justificada encontrándose de baja médica.

Reconoce la sentencia que me ocupa, en su IV FJ, párrafo tercero, la existencia de la repetida resolución administrativa, pero omite su aplicación al caso. Quizá para cohonestar la indebida variación que hace de la causa de la sanción, «baja injustificada» en vez de «salida del domicilio», al ser patente que ésta no estaba a la sazón prohibida por norma de régimen interior.

Creo que lo realmente ocurrido, según todos los indicios, es que el Oficial sancionador estimó en vigor la OG núm. 32 e impuso el arresto por salida del domicilio. Y al resolver el primer recurso de alzada, el Jefe de la Comandancia, aun percatándose del manifiesto error de su subordinado, mantuvo la sanción con la argucia de que el correctivo fue por «absentismo», sustituyendo así la efectiva voluntad del Oficial que sancionó. Modificación que ratificó el Coronel Jefe del 42 Tercio al decidir la segunda alzada.

Se produjo en consecuencia una *reformatio in pejus* para la guardia afectada, quien fue notificada de una causa de la sanción distinta a la más tarde imputada. Lo que comporta el quebrantamiento por la Administración del «derecho a ser informado de la acusación» del artículo 24.2 de la CE. Que pudo ser apreciado de oficio en la sentencia.

Tampoco es lícito achacar a la situación de baja el recargo en el servicio para el resto del personal de la Unidad por tratarse de una baja médica justificada y reglamentariamente cursada y concedida. En último extremo, la responsabilidad sería del facultativo interviniente o de los propios Mandos. Basta seguir leyendo la OG de la Dirección General de la Guardia Civil, según la cual, presentado un escrito de baja:

«El Jefe decretará la baja que formule el médico... para que previo el oportuno reconocimiento lo dictamine consignando la enfermedad que padece, *si le impide prestar toda clase de servicios o sólo los exteriores del Cuartel y tiempo aproximado que necesitará para su restablecimiento*».

Si el Mando hubiese cumplido la antedicha prevención, pudo encomendar a la agente embarazada los servicios adecuados a su estado, evitándose los recargos de servicio en el personal. Y además se hubiese aplicado el artículo 74.5, párrafo segundo, de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, a cuyo tenor «durante el período de embarazo se podrá asignar por prescripción facultativa un puesto orgánico distinto al que estuviese desempeñando».

### 3. *Debió fundamentarse el fallo estimatorio de la demanda en la vulneración del Derecho constitucional de legalidad*

La sentencia no entra en el estudio y resolución de la principal alegación jurídica de la demanda: la aplicación indebida por la Administración del artículo 8.2 de la Ley Disciplinaria Militar. Y, por tanto, la vulneración del derecho fundamental de legalidad del artículo 25.1 de la CE.

No hace inmisión en el tema por entender que el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario no permite el estudio de la «legalidad ordinaria jurídico-administrativa», como dice en su I FJ y reitera al final del párrafo quinto del VII FJ, lo que es cierto con matizaciones.

Se ignora la doctrina segura de la sentencia de la SM de 11 de octubre de 1990, que en su segundo fundamento de Derecho, *in fine*, afirma:

«Cuando la cuestión de legalidad va indisolublemente unida a la violación de derechos fundamentales que se denuncian en el procedimiento preferente y sumario, pasa a formar parte de lo que se ha denominado «bloque de constitucionalidad» y, entonces, *debe examinarse si se ha vulnerado o no la legislación ordinaria como medio para dilucidar si se ha respetado o violado el derecho fundamental controvertido*. De ahí que sea no sólo posible, sino también necesario el examen de si... la conducta sancionada no constituye la falta definida en la ley...»

En síntesis, si los hechos sancionados consistieron realmente en una salida del domicilio, el acto sancionador originario y los confirmatorios en vía de alzada quebrantaron el derecho fundamental de legalidad. Ya que comportamiento tal no está tipificado en el artículo 8.2 de la Ley 12/1985, quedando solapado ese derecho preferente por el apreciado de presunción de inocencia, más debilitado o disminuido respecto a aquél.

Pero es que, dicho sea *ad cautelam*, si fuese correcto, hipotéticamente, el criterio de la sentencia del TM de que la causa de la sanción era «estar de baja injustificadamente» (lo que no consideró probado), no estaría tampoco incardinada en el mencionado precepto de la Ley del Régimen Disciplinario de las FAS.

Dicho artículo contempla exclusivamente los supuestos de «inexactitud», es decir, de cumplimiento parcial, tardío o incompleto de órdenes o de normas de régimen interior. Nunca el incumplimiento de un deber de eficacia en el servicio. Por cuya razón la indebida subsunción por la Administración del presunto comportamiento en el repetido precepto supon-



dría la violación del derecho fundamental de legalidad, en todo caso, y no del de presunción de inocencia.

#### IV. EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO FUERA DE PLAZO POR EL ABOGADO DEL ESTADO

##### 1. *Antecedentes*

Por Auto de 10 de enero de 1992, la SM acuerda:

*«Se declara desierto el recurso interpuesto por el recurrente, señor Abogado del Estado, contra la sentencia de 30 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero... Remítase a referido Tribunal testimonio de esta resolución, así como las actuaciones...»*

En su único razonamiento jurídico se argumenta:

*«Habiendo transcurrido el plazo por el que el recurrente... fue emplazado para comparecer ante esta Sala sin que se haya recibido el escrito de interposición del recurso por él preparado..., se está en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 1.704 de la LEC, en relación al 512 de la Ley Procesal Militar, quedando en consecuencia firme la sentencia recurrida y por caducado el derecho y por perdido el trámite que se ha dejado de utilizar».*

Notificado el Auto en el día siguiente a la representación del Estado — no la «providencia» como dice en su escrito, pretendiendo el amparo del art. 512 de la LPM—, interpuso en el referido escrito de la misma fecha el recurso de casación fundado en los motivos que en su momento se considerarán.

Y mediante la providencia de la Sala de 20 de enero se ordenó:

*«Tener por interpuesto en tiempo y forma por el señor Abogado del Estado recurso de casación contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Militar Territorial Tercero en el recurso contencioso disciplinario núm. 2/1991».*

## 2. Recurso de súplica de la parte recurrida

Contra aquella providencia formuló la, lógicamente, sorprendida representación de la agente recurrida recurso de súplica, que fue impugnado por el Abogado del Estado, y en cuyos respectivos escritos las partes alegaron lo que a su derecho convino.

Por Auto de 21 de febrero siguiente —en el que no se revoca formalmente el de 10 de enero anterior— se desestimó por la SM el recurso de súplica, confirmando la resolución recurrida, y en consecuencia:

«Se tiene por formalizado por el señor Abogado del Estado el recurso de casación. Pasen los Autos al excelentísimo señor Fiscal Togado por plazo de cinco días a los efectos del artículo 1.709 de la LEC».

En el fundamento jurídico antecedente relativo al artículo 512 de la LPM, la Sala razonaba:

«Dicho precepto es claro y se trata de una peculiaridad del procedimiento contencioso-disciplinario militar, análogo a lo establecido en el artículo 121 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque podría plantearse la duda de si sería aplicable al escrito de interposición del recurso de casación; pero de una interpretación sistemática de la ley se infiere que *al estar el artículo 512 incluido en el capítulo XI de la misma, cuyo epígrafe es «disposiciones comunes», se refiere tanto al procedimiento de instancia como a los recursos*. Por otro lado, la ley al emplear las palabras «incluso el de demanda» quiere dar la máxima extensión al precepto».

Me parece absolutamente errónea la doctrina de la SM por las siguientes consideraciones:

A) Los términos «escrito» y «oportuna providencia» que se contienen en el citado artículo 512 no pueden ampliarse indiscriminadamente a un «recurso de casación» y a un «auto» respectivamente declaratorio de firmeza de la sentencia recurrida, que fue notificado al Abogado del Estado, y en cuya misma fecha presentó el recurso.

El texto del 512 es coincidente con el 121 de la LJCA, salvo que el primero admite más generosamente «incluso —dice— el (escrito) de de-

manda», que no recoge la ley jurisdiccional, pero que se viene admitiendo por la jurisprudencia de las Salas de lo contencioso-administrativo del TS, sobre todo desde la entrada en vigor de la CE. La palabra «incluso» ciñe, más que amplía, la aplicación del precepto al procedimiento de recurso contencioso- disciplinario militar de instancia. Sin extenderlo a los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales. En especial al recurso de casación, siempre riguroso por muy flexibilizado que esté por obra de la jurisprudencia, pero no como para eludir el plazo de interposición, que doctrinalmente es de lo denominados perentorio o preclusivo *strictu sensu*, ya que su transcurso sin interponerlo confiere la firmeza propia de la cosa juzgada.

B) Ninguna de las sentencias del TS citadas por el representante del Estado en su escrito de oposición al recurso de súplica apoya su tesis.

Así, la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 5 de febrero de 1986 (Rep. Aranzadi 2.149), precisamente la primera que invocó, establece en el primer FD, al final:

«... puede haber, ciertamente, casos en que el defecto procesal resulte insubsanable, como ocurre en aquellos casos en que se deja transcurrir el plazo de interposición de un recurso, y así ha tenido ocasión de decirlo el TC en Auto 196/1984, que afirma que «el marcar un límite temporal al uso de los recursos no es, obviamente, atentatorio al derecho que proclama el artículo 24.1 de la Constitución» (tutela judicial efectiva). Caso distinto es el que aquí nos ocupa (extemporaneidad de la demanda), en que el recurso está interpuesto en plazo y es otro trámite el que se cumple extemporáneamente. La importancia innegable de la demanda impulsó, sin duda, al legislador a prever un supuesto específico de caducidad en el caso de que no fuese presentada, pero ninguna razón definitiva hay —bastante al menos para obviar el principio de tutela efectiva— para que no pueda aplicarse el criterio antiformalista del artículo 121 de la Ley Jurisdiccional».

En igual sentido, de admisión de demandas, no de recursos, las SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 13 de marzo de 1987 (Rep. Aranzadi 3.628) y de la entonces Sala 5.<sup>a</sup> de 22 de febrero de 1988 (Rep. Aranzadi 1.446) asimismo citadas por el Abogado del Estado.

Aporto personalmente otras decisiones judiciales del TS como los Autos de la Sala 4.<sup>a</sup> de 11 de febrero de 1987 (Rep. Aranzadi 2.970) y de

7 de mayo siguiente (Rep. Aranzadi 5.238); S. Sala 3.<sup>a</sup> de 2 de octubre de 1989 (Rep. Aranzadi 7.020) y Auto de la Sala 3.<sup>a</sup> de 28 de febrero de 1992 (Rep. Aranzadi 2.788). Todas relativas a admisión de escritos extemporáneos de demanda en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Incluso, la S. Sala 4.<sup>a</sup> de 2 de diciembre de 1987 (Rep. Aranzadi 9.347) y la de la Sala 3.<sup>a</sup> de 11 de enero de 1991 (Rep. Aranzadi 382), se refieren a recursos de apelación, admitiéndose escritos de alegaciones presentados el mismo día de la notificación de la providencia que acordaba la caducidad del derecho del apelante. Pero no admitiendo escritos de interposición del recurso.

Todas cuyas resoluciones avalan la doctrina que en el presente comentario se defiende, que el artículo 121.1 de la LJCA vino siendo aplicado a escritos accesorios o secundarios, según las SSTs de 4 de junio de 1958 y 7 de noviembre de 1961, entre otras muchas, y a los escritos de demanda y de alegaciones, en apelación, por extensión jurisprudencial. Lo que no es aplicable a los plazos de interposición del recurso contra sentencias definitivas, y menos al recurso de casación, que por no estar instaurado sino a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no puede estar comprendido en ninguna de las sentencias de que hacía mención la representación del Estado.

C) La inclusión del artículo 512 de la LPM en las «disposiciones comunes» fundamento del auto desestimatorio del recurso de súplica, no arguye nada en contrario de lo expuesto. Aquellas disposiciones son extensivas al «recurso» contencioso- disciplinario militar y/o a los «recursos» frente a las decisiones judiciales, pero *in suo ordine*. Es decir, conforme al propio tenor y sentido del antedicho precepto y de los siguientes, no con criterio de generalidad analógica.

No creo que a ningún órgano jurisdiccional se le ocurriese ampliar al recurso de casación el contenido del artículo 513 de la LPM, que dispone la «ejecutoriedad» por la Administración del acto objeto del recurso contencioso, salvo que se acuerde la suspensión. Y ello por el tratamiento distinto que da el artículo 1.722 de la LEC a la ejecución de la sentencia recurrida en casación, que «puede ejecutarse» a petición de parte y con prestación de fianza.

En la actualidad el precepto sería el artículo 98.2 de la LJCA, modificada por la 10/1992, que determina la regla general de la «ejecución» de la sentencia, aplicable al caso en virtud del artículo 503 de la LPM en la nueva

redacción dada por la disposición final cuarta de la repetida Ley 10/1992, no por el argumento de las «disposiciones comunes» de la LPM.

Tampoco sería legítimo aplicar al recurso de casación el artículo 517 de la LPM sobre subsanación de defectos dentro de los diez días siguientes a la notificación del escrito en que se aleguen por una de las partes de que algún acto de la contraria no reúne los requisitos legales. Sabido es que la doctrina viene excluyendo de tales defectos los referentes a los plazos de recurrir.

A mayor abundamiento, los artículos 121.1, 122.1 y el 129.1 de la LJCA, concordantes con los 512, 513 y 517 de la LPM, se incluyen en el capítulo V del título IV. No he dado con ninguna sentencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TS que haya interpretado que se extiende a la interposición de los recursos contenciosos o aquellos contra las sentencias presentados extemporáneamente, o que se aplique a la ejecución de las sentencias impugnadas o a la rehabilitación de plazos preclusivos respectivamente. Aun comprendiéndose tales preceptos en «Disposiciones Comunes».

D) Por si fuera poco, el propio Abogado del Estado dejó constancia en su escrito de oposición al recurso de súplica que, «a nuestro entender —decía—, la parte no diferencia aquellos supuestos en que no existe manifestación de una voluntad impugnatoria (en los que no ha de declararse la caducidad de la instancia, sino la firmeza) de aquellos en que sí existe (casos en los que procede declarar la caducidad), y entonces entra en juego la previsión del artículo 512 citado».

Pues bien, el razonamiento se torna en contra del recurrente, ya que el caso analizado es de aquellos en que se produjo la firmeza de la sentencia por inexistencia de voluntad impugnatoria, sin que lo sea la mera intención de recurrir. En efecto, el recurso de casación de la LEC, a la sazón de aplicación subsidiaria al contencioso-disciplinario militar, y hoy el regulado en la LJCA, modificada por la Ley 10/1992, se «prepara», no se «interpone», ante el Tribunal *a quo*; y se interpone, no se «formaliza», ante el Tribunal *ad quem*. O sea, que no se dan las circunstancias que determinaron a la jurisprudencia aceptar los escritos extemporáneos de demanda o de alegaciones en apelación, ésta actualmente inexistente. Circunstancias de que el recurso estaba «interpuesto» en tiempo y la demanda o las alegaciones fuera de plazo, eran simples trámites de formalización. Así se desprende con meridiana claridad de las SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 1986 y 2 de diciembre de 1987, y la de la Sala 3.<sup>a</sup> de 11 de enero de 1991, anteriormente mencionadas.

### 3. Admisión del recurso

Mediante el Auto de la SM de 31 de marzo de 1992 —que no revocó el de 10 de enero anterior, declaratorio de la firmeza de la sentencia recurrida— se acordó admitir el recurso de casación y entregar los autos para intrucción por término de cinco días sucesivos a las partes, comenzando por el recurrente.

Aquel Auto no pudo ser impugnado por la parte recurrida por impedirlo el artículo 170.4.º de la LEC, aunque otra cosa se dice en la sentencia de la Sala, III antecedente de hechos. Lo que se recurrió en súplica fue la providencia que tuvo por interpuesto el recurso.

### 4. El motivo de casación

El Abogado del Estado recurrente articula su primer motivo de casación al amparo del artículo 1.692.5.º de la LEC, al que remite el 503 de la LPM por aplicación indebida del artículo 24.2 de la CE (derecho a la presunción de inocencia).

La representación procesal de la guardia civil recurrida viene a coincidir con la del Estado, con aparente extrañeza, en que la sentencia de instancia no es ajustada a Derecho en su fundamento jurídico, aunque sí en el fallo anulatorio de la sanción. Por lo que no pudo, es claro, recurrir en casación, pero sí exponer en su escrito de oposición al recurso la inaplicación por el TMT 3.º del artículo 25.1 de la CE (derecho de legalidad).

El esquema de la oposición, formulada mediante Procurador, en el trámite del artículo 101.1 de la LJCA, en relación al 503 de la LPM, modificados por la Ley 10/1992, puede sintetizarse así:

- Preferentemente, desestimación del recurso por mal interpuesto en cuanto a su requisito temporal.

La constante jurisprudencia del TS sobre interpretación del artículo 1.729, hoy 1.710 de la LEC, sentencias de 17 de junio de 1919 a 4 de junio de 1947, válidas en la actualidad, es que «los motivos legales en que pueda fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes al resolver en el fondo para desestimarlos aunque se haya admitido en el momento procesal oportuno, pues las razones de inadmisión son suficientes para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados» (*Compendio de Dere-*

*cho Procesal Civil y Penal*, 1968, autores Magistrados JESÚS SÁEZ JIMÉNEZ y otro, tomo III, vol. I, pág. 376).

- Subsidiariamente de primer grado, la sentencia debió apreciar la vulneración del derecho fundamental de legalidad.
- Subsidiariamente de segundo grado, se acepta el fallo favorable, fundado en la estimada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

## 5. *Oposición del Fiscal Togado al recurso de casación*

Con arreglo a los precitados artículos 101.1 de la LJCA y 503 de la LPM, el Fiscal Togado se opuso por escrito al primer motivo de casación, único respecto al objeto principal de la litis.

Comienza con el planteamiento de la interesante cuestión previa del tratamiento —lo denomina «desviación»— que la sentencia recurrida hizo en cuanto a la «calificación de los hechos objeto de debate», al que presta su conformidad el Abogado del Estado como paso previo para su recurso de casación.

Mantiene después que «la labor de interpretación a que está obligado todo Tribunal que analiza la legalidad de una sanción no puede llevarle a extraer conclusiones distintas de aquellas en las que realmente se planteó el objeto del debate».

Concretamente, se refiere el Ministerio Fiscal a la «incorrecta técnica del Tribunal Militar Territorial», a la que define como «quiebra del principio de legalidad». Por entender que el «verdadero motivo» de la sanción disciplinaria no fue «permanecer de baja injustificadamente», sino «ausentarse para tomar el sol y el baño encontrándose de baja».

Advirtiendo respecto a ese defecto de calificación: «sin que la parte recurrida se haya opuesto formalmente, por lo que el recurso se encuentra formalmente limitado en su análisis a la aceptación de aquella errónea tesis de la sentencia cuestionada».

«Sin embargo —continúa—, el Ministerio Fiscal estima que debe poner de manifiesto aquel defecto de la sentencia por lo que de trascendente pudiera tener respecto del principio de legalidad constitucionalmente reconocido con carácter de derecho fundamental en el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna, y como tal directamente aplicable por los Tribunales».

Precisamente la invocación del derecho de legalidad fue una constante de la representación de la agente recurrida, desde los comienzos, en el

expediente administrativo, hasta el proceso jurisdiccional, en la instancia y en casación.

Es conforme el comentarista con la oposición del Fiscal Togado al recurso de casación. Pero echa de menos la misma actitud en el trámite, previo a su admisión por la Sala, del artículo 1.709 de la LEC en defensa de la legalidad.

Por último, en este apartado, la providencia de la SM de 16 de julio de 1992 señala día y hora para la votación y fallo del recurso y designa Magistrado Ponente.

## V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR

Se aborda ahora el verdadero objeto de las presentes reflexiones, el examen de la sentencia núm. 24 de la SM del TS, de 6 de octubre de 1992, dictada en el rollo de casación núm. 2/94/91, que estimó en parte (por falta de prueba de los daños reclamados) el recurso de la Abogacía del Estado contra la Sentencia del TMT 3.º de 30 de septiembre de 1991.

La sentencia confirma el pronunciamiento 1.º del fallo de la recurrida: la anulación de los actos sancionadores acordada en el procedimiento contencioso disciplinario preferente y sumario por vulneración del derecho de presunción de inocencia.

En cuanto confirmatoria, obviamente, la comprenden implícitamente los errores *in ure* advertidos en la sentencia de instancia.

Pero, además, la sentencia de la Sala padece otros errores, uno de ellos capital, de carácter previo, al dar por presupuesta la correcta admisión del recurso de casación, defectuosamente planteado por quiebra del elemento temporal.

Y surge la pregunta de si las soluciones dadas por la sentencia, desde luego no plenamente acertadas en Derecho, son cuando menos las mejores entre las posibles.

Respecto al aspecto formal, que por su naturaleza de Orden Público Procesal exige tratamiento prioritario, hay que decir que parece un dislate la pacífica aceptación del recurso por la sentencia comentada. Y la sustanciación y fallo con entrada en el fondo de un proceso casacional contra una sentencia firme *ope legis* y así reconocida por Auto de la SM de 10 de enero de 1992.

A criterio personal del autor, las resoluciones de la Sala habiendo por interpuesto el recurso, primero, y admitiéndolo, después, y la sentencia



posterior infringen el artículo 408 de la LEC, conforme al cual «transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado quedará de derecho consentida y basada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiere, sin necesidad de declaración expresa sobre ello».

Se infringió asimismo el artículo 245.3 de la LO 6/1985 del Poder Judicial, en relación al 369 de la LEC, que define las sentencias firmes como «aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley».

Debió, pues, desestimarse el recurso sin entrar en la cuestión de fondo, *ad limina sententiae*, ya que no se hizo *ad limina recursus*. Por cuanto las facultades de la Sala estaban constreñidas y limitadas a la exigencia primaria de que el recurso hubiese sido planteado en tiempo, entre otros requisitos necesarios, para su admisibilidad.

Sin embargo, el Auto de admisión de 31 de marzo de 1992 considera exclusivamente el cumplimiento de los requisitos de los artículos 1.694, 1.706 y 1.707, y que no concurren las causas de inadmisión del 1.710.1.º y 2.º, todos de la LEC. Pero se olvida de que la inadmisibilidad *in genere* del artículo 408 de la misma Ley, que resultó violado por falta de aplicación.

En lo que atañe al aspecto material de la cuestión, la sentencia acoge la equivocada postura de la representación recurrente, concorde a su vez con la sentencia de instancia, que con infracción del artículo 372.2 de la LEC entendió que la Administración sancionadora impuso la sanción por «absentismo», o sea, «estar de baja injustificadamente». Y en consecuencia, aunque con acierto anuló la sanción disciplinaria, declaró erróneamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no del derecho a la legalidad.

Sobre aquellas bases admite la tesis de la sentencia sobre prueba indirecta, única existente en los autos. Y así, en el segundo de los fundamentos de Derecho ratifica «el acierto del parecer del Tribunal recurrido en cuanto hay dos pilares básicos que destruyen toda presunción (de culpabilidad): la baja médica (sin prohibición de tomar el sol o pasear) y el alta médica dos meses después». Concluye afirmando que «no puede ser acogida como fundamento de la sanción la calificación de baja médica indebida».

Y sigue: «por muy sospechosa que haya sido su conducta (de la agente) durante el tiempo de la misma (la baja), no pueden servir de sólida convicción las circunstancias del alta e inmediata incorporación. Lo que hubo, si lo hubo, pudo evitarse con un control de la baja médica, con o sin partes de confirmación, pero bajo la competencia exclusiva del médico que la

llevaba a cabo. El motivo (aplicación indebida del derecho de presunción de inocencia), pues, debe ser desestimado».

Aquel proceso razonador demuestra la perplejidad de la sentencia acerca de la inocencia de la justiciable, paralela a las dudas de la sentencia recurrida en su VII FJ, ya comentado. Vacilaciones que estarían de más si las sentencias, en particular la de la SM, hubiesen declarado que la causa de la sanción fue la «salida del domicilio estando de baja por enfermedad» y, por ende, la conculcación del derecho de legalidad. Tal como lo mantuvo el Fiscal Togado en ejercicio de sus funciones de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

Aparte lo expuesto, la sentencia de la SM adolece de «vicio omisivo» o incongruencia por omisión de pronunciamiento. No afronta ni decide (verdadero *non liquet*) la pretensión planteada prioritariamente por la parte recurrida en los *petita* de su escrito de oposición al de casación, que decía: «desestimar el recurso... contra la sentencia por ser ésta firme y estar caducado el trámite de formalización cuando fuera de término lo presentó».

No pasa inadvertido al comentarista la configuración del recurso de casación con su principio de inmutabilidad de los hechos fijados en la sentencia impugnada. Lo que constituiría un obstáculo insuperable para su modificación y consiguiente variación de la calificación jurídica del derecho constitucional violado por el acto sancionador.

Sabido es que no es fácil separar netamente el hecho en sí de su naturaleza jurídica. Esta dificultad aparece en la sentencia del TM *a quo* que al considerar que la causa del arresto era «estar de baja injustificadamente», pudiera parecer que estableció un hecho histórico inalterable en casación.

No fue así; al modificar la verdadera causa tenida en cuenta por el Mando sancionador, lo que hizo fue reformar la «causa» del arresto, no los hechos en sí, siendo los descritos en la sentencia auténticos y éstos los mismos aceptados por la SM. Y que ahora se dan por inamovibles en este comentario, en el que se sostiene que la sentencia de la Sala pudo cambiar *ex officio* dicha calificación indebida de la «causa» de la sanción, no la premisa fáctica. Para así restablecer lo que el Fiscal Togado denominó «desviación en la verdadera causa de la sanción disciplinaria». Y consecuentemente variar la fundamentación jurídica del fallo declarando la conculcación del derecho de legalidad, como se viene repitiendo.

A esta grave anomalía procesal se refiere, como se vio antes, el Fiscal Togado con las palabras de «quiebra del principio de legalidad...», «trascendente respecto del principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE, directamente aplicable por los Tribunales».

Este principio de legalidad penal y sancionadora se vincula, ante todo, con el imperio de la ley, pero también con el derecho a la objetividad e imparcialidad de juicio de los Tribunales que tutela la presunción de inocencia y demás garantías procesales del artículo 24.2 de la CE. Doctrina de las SSTs de 30 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1983 y 21 de julio de 1987.

Que el principio de legalidad es aplicable «de oficio», según sostiene el Fiscal Togado en la oposición al recurso de casación, resulta del carácter preferente de la Constitución, SSTs Sala 2.ª de 21 de enero, 3 de mayo, 24 de septiembre y 5 de diciembre, todas de 1985, relativas a la presunción de inocencia, pero válidas al caso.

Y con arreglo al artículo 7.2 de la LOPJ 6/1985: «en especial los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución (entre ellos el de legalidad) se reconocerán en todo caso de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

El Ministerio Fiscal, al apreciar esa «quiebra del principio de legalidad», parece pensó en la infracción del artículo 372.2 de la LEC, en relación a la CE 9.1 (sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución), 9.3 (garantías jurídicas del principio de legalidad, seguridad e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos) y el 117.1 (sometimiento de los Jueces y Magistrados únicamente a la ley).

Esta «quiebra» trasciende, dice el Fiscal Togado, a una «quiebra más del principio de legalidad (ahora en vía administrativa)». Y sigue, «toda vez que dicha conducta (ausentarse para tomar el sol y el baño encontrándose de baja) no encuentra acomodo en ninguno de los apartados del artículo 8.º de la Ley Disciplinaria Militar y está amparada, además, por las instrucciones que respecto de las bajas por enfermedad tiene dadas la Dirección General de la Guardia Civil y que constan en autos».

En efecto, de no modificarse *contra legem* por la sentencia de instancia la verdadera causa de la sanción, se habría llegado en casación a la firme conclusión tantas veces reiterada de que no estaba tipificada como falta leve en el artículo 8.2 de la LO 12/1985.

No se olvida por el autor que al darse el recurso de casación en nuestro sistema contra el fallo y no contra su fundamentación jurídica pudiese estimarse no fuesen revisables los razonamientos legales.

Sin embargo, en los casos de juicio lógico acertado y fallo erróneo, incluso en sentencias viciadas de incongruencia intrínseca o ideológica, se tendría que adecuar por la sentencia de casación el proceso razonador al

decisorio. Cuánto más será procesalmente correcta la modificación solamente de la fundamentación jurídica, permaneciendo indemne al fallo, en el supuesto ahora contemplado de sentencia, no incongruente, con fundamento errado y parte dispositiva acertada, en la que, sin duda, la definición del derecho violado (art. 25.1 de la CE), por su naturaleza constitucional, se puede realizar por aplicación directa de la Sala.

Síguese de lo expuesto que no se podrá reprochar a la solución que se propone que la SM avoque cuestiones que no le corresponden o que rebasen los límites de su actividad.

Resumiendo, forzoso es contestar al interrogante en su momento formulado que la sentencia cuestionable no es ajustada a Derecho. Absolutamente en su aspecto formal, en cuanto tuvo por admitido un recurso de casación contra una sentencia firme. Y tampoco lo es en el aspecto sustantivo por fundamentarse el fallo en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sin decidirse a dar un paso más, el del derecho de legalidad.

¿Qué es lo que pudo y debió hacer la sentencia de la SM?

Las respuestas que se ofrecen tienen el carácter de meramente doctrinales, ya que estas reflexiones no constituyen un escrito forense, sino el análisis crítico de una interesante sentencia del TS, que es cosa juzgada.

Como posibles soluciones en Derecho, hubiese propuesto:

1. La desestimación «de oficio» del recurso de casación sin entrar en el fondo, por impugnar una sentencia «basada en la autoridad de la cosa juzgada», en expresión del artículo 408 de la LEC.

2. Subsidiariamente, entrando en la cuestión de fondo, la desestimación del recurso, conforme con el criterio del Fiscal Togado:

- confirmando el fallo principal anulatorio de las resoluciones sancionadoras y sus efectos;
- variando «de oficio» la calificación de la causa de la sanción determinada indebidamente por la sentencia recurrida. Debiendo decirse «salir del domicilio estando de baja por enfermedad para tomar el sol y el baño»;
- declarando en consecuencia que el derecho fundamental vulnerado es el de legalidad (tipicidad) del artículo 25.1 de la CE. Toda vez que el antedicho comportamiento no está incurso en la falta leve del artículo 8.2 de la Ley Disciplinaria Militar.

Vale la pena el esfuerzo personal para dar con las propuestas de solución que a las cuestiones planteadas pudo y debió (en el sentido que el

Derecho es «deber ser») adoptar la sentencia de la SM, por ser aquéllas la única y la mejor, respectivamente ajustadas a Derecho, al parecer del comentarista.

## VI. SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS MORALES

### 1. *Planteamiento*

El Abogado del Estado recurrente, articuló al amparo del artículo 1.692.5.º de la LEC dos motivos de casación, ordinales segundo y tercero, frente a la declaración de la sentencia del TMT 3.º del «derecho al resarcimiento por el Estado (a favor de la demandante) por el daño sufrido» (2.º pronunciamiento del fallo). En concreto, se denuncia la infracción del artículo 518, en relación al 469, 490 y 495.b); y de los artículos 448 y 465 respectivamente, todos de la LPM.

Por la parte recurrida se alegó en el escrito de oposición lo que convino a su interés.

Y el Fiscal Togado, en el respectivo escrito, expuso las consideraciones, que pueden resumirse así:

A) Adhesión al segundo motivo de casación, sosteniendo la tesis de la Abogacía del Estado de no ser automático el derecho a la indemnización. Y que no existió actividad probatoria de los pretendidos daños. Además de ser indeterminados respecto a su evaluación.

B) Oposición parcial al mismo motivo en cuanto a la improcedencia de la reclamación de daños en un recurso contencioso-disciplinario militar especial contra los actos de la Administración sancionadora que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Ya que, estima el Ministerio Fiscal, «es procesalmente correcto ejercitar en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario la pretensión reparada frente al Estado».

C) Oposición al tercero y último motivo de casación, basado en que no se había instado previamente el abono de la indemnización en la vía administrativa.

Aduce, en esencia, el Fiscal Togado las siguientes razones justificativas de su oposición:

- el artículo 518 de la LPM no establece limitación alguna respecto al objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente

- y sumario en relación con el previsto para el contencioso ordinario;
- la LO 12/1985 Disciplinaria Militar no prevé la posibilidad de postular daños y perjuicios contra el Estado, contemplándose solamente en la vía judicial del recurso contencioso-disciplinario militar;
  - la pretensión procesal de resarcimiento se regula en el artículo 469 de la LPM con el carácter de «medida complementaria» respecto a la pretensión principal impugnatoria de la sanción.

Por todo ello solicita la estimación en parte del segundo motivo del recurso, con rectificación de la sentencia de instancia en el sentido de denegar el resarcimiento por el Estado del daño sufrido por falta de prueba. Y la desestimación del mismo motivo respecto a la alegación a que se opuso y del motivo tercero en su totalidad, confirmándose la sentencia *a quo* en los extremos a que éstos se refieren.

## 2. Pronunciamiento de la sentencia de la Sala. Consideraciones

La segunda parte del fallo de la sentencia de la SM que se comenta dice así: «declaramos la no existencia de daños y perjuicios, con desestimación, por ende, de esta petición».

Y dedica dos fundamentos de Derecho, el tercero y cuarto, a la justificación del fallo.

En el tercer FD relativo al segundo motivo de casación, apartado A), argumenta, conforme con el Fiscal Togado, que no se da la infracción del artículo 518 de la LPM. Porque «en nada limita las facultades que se reconocen al demandante en el artículo 469 de la propia Ley, haciéndose la declaración en la sentencia y quedando diferida al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía [art. 495.b) de la LPM]».

Pero añade: «siempre que consten ya probados en autos, en cuyo caso es en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones en donde el demandante podrá solicitar aquélla (art. 490 *in fine* de la LPM).

Lo que significa que puede deducirse la reclamación indemnizatoria por daños y perjuicios simultáneamente con la pretensión frente al acto sancionador, en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Sin que sea obligado acudir a la reclamación autónoma del artículo 40 de la LRJAE, en relación al 102.6 de la CE, como

sostiene la parte recurrente. Sin perjuicio de que constituya aquélla una vía optativa para el interesado.

Aunque en nada vincula este FD, menciona el voto particular del excelentísimo señor Presidente de la SM en la sentencia de 29 de mayo de 1991, cuyo texto transcribe en lo esencial el Fiscal Togado en su oposición al recurso.

La Sala viene a concluir respecto al artículo 518 de la LPM —que remite a las reglas del procedimiento contencioso- disciplinario militar ordinario, con las modificaciones que expresamente señale para la regulación del recurso preferente y sumario —que «entre las citadas modificaciones no se incluye ninguna que signifique exclusión, ni de la posibilidad de solicitar en la demanda indemnización de daños y perjuicios cuando proceda, ni de la necesidad de declarar en la sentencia estimatoria el derecho al resarcimiento».

En el apartado B), con referencia a la indemnización por doble concepto de los daños morales, reclamada en la demanda y concretada en conclusiones sucintas de, en primer lugar, 6.000 pesetas por cada día de cumplimiento del arresto disciplinario, dice el tercer FD que «en modo alguno se ha intentado probar la hipotética anulación o disminución de retribuciones». La petición, aclaro, no era por perjuicio material, sino por daño moral.

En lo atinente, en segundo lugar, a la cifra global de 500.000 pesetas, se afirma en la sentencia de la SM que «ninguna intervención directa ha tenido la Administración en la publicación o difusión del hecho, careciendo en todo caso de culpabilidad». Reconoce por tanto la notoriedad de la divulgación periodística.

Terminando este fundamento jurídico con la doctrina de la SM en sentencia de 20 de abril de 1992, dictada en el recurso de casación promovido por la guardia civil cuyo caso me ocupa, y referido en la parte introductoria, al final, de este trabajo. Dice la mencionada sentencia: «no habiéndose propuesto ni practicado prueba alguna tendente a demostrar los hipotéticos perjuicios, como ocurre en este caso en que ni siquiera se interesó por la demandante el recibimiento del pleito a prueba en el recurso contencioso-disciplinario militar, es evidente que los mismos no pueden ser tenidos por acreditados». Lo que aplicado al supuesto ahora en estudio conlleva la siguiente conclusión: «por lo que en este sentido la sentencia ha de ser modificada».

El fallo de la sentencia no me es convincente cuando estima parcialmente el recurso, de conformidad con el Fiscal Togado, por falta de acti-

vidad probatoria sobre los daños instados por la demandante/recurrida y reconocidos por el TM, porque:

A) Ante todo, una cuestión procesal. Opino que el segundo motivo de casación planteado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la LEC debió ser rechazado por la Sala por inadmisibile en la parte relativa a la presunta falta de prueba de los daños, en observancia de la regla 2.ª del artículo 1.710 de la LEC.

Si el recurso se apartaba manifiestamente de la apreciación probatoria (por presunción judicial) efectuada por la sentencia recurrida para fijar los hechos (sexto antecedente de hecho y VIII FJ), no intentó la representación del Estado la casación por el cauce adecuado, el del número 4 del repetido artículo 1.692 de la LEC, por lo que el motivo era inviable y procedía su repulsa.

En el momento de dictar sentencia, la SM hubiese debido desestimar este tema de casación sin más y confirmar el pronunciamiento resarcitorio de la sentencia impugnada. Es decir, el derecho de la agente a la indemnización por el daño moral padecido. Sin perjuicio de diferir la fijación de la cuantía a la fase de ejecución de sentencia, según se solicitó en demanda, en la que se produjo una pretensión de plena jurisdicción, y así prosperó en la primera sentencia.

B) Es cierto que «la simple anulación por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización», de acuerdo con el artículo 40.2 segundo de la LRJAE, 292.3 de la LOPJ y el 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De tales preceptos, la única conclusión lógica es que la anulación no da derecho a indemnización si no hubo efectivamente un daño. Pero si la «ejecución» —la sentencia no reconoció el derecho por la sola imposición de la sanción, sino por su cumplimiento—, no la «anulación» de las resoluciones disciplinarios, dio lugar a daños o perjuicios reales, evaluables e individualizados, surge la obligación de resarcir.

C) En el caso comentado de daños morales, no se interesó el recibimiento del pleito a prueba ni se propuso y practicó por la parte actora, ya que se trataba de hechos deducibles de la simple actividad intelectual de los miembros del Tribunal *a quo*. Que, en efecto, percibieron los daños llegando a la convicción de su realidad y se pronunciaron en consecuencia.



Por eso el Tribunal no hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 486 de la LPM para acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de las pertinentes para el acreditamiento de los hechos.

En definitiva, hubo actividad probatoria en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario, la presunción judicial, regulada en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil. Medio de prueba indirecto y supletorio, ya que los daños morales que se describen después no tienen otro medio instrumental de verificación de entre los establecidos a dicho fin por los textos legales. Fue también la prueba indirecta o de indicios la practicada en exclusiva en el expediente sancionador y la única existente en el procedimiento contencioso de instancia respecto a la pretensión principal y que sirvió de base al pronunciamiento anulatorio de la sanción.

Y es que, en cuanto al primer aspecto indemnizatorio, se partió en la sentencia del TM de un hecho base o indicio plenamente acreditado: el cumplimiento de un arresto domiciliario injusto, impuesto anticonstitucionalmente a una embarazada en avanzado estado de gravedad.

Respecto al segundo aspecto, se partió de un hecho notorio, dispensado por tanto de prueba: la copiosa publicidad en la generalidad de los medios de comunicación, en particular la prensa escrita, local, regional y nacional.

a) En efecto, durante los ocho días del efectivo cumplimiento del arresto se produjeron a la sancionada los daños morales, no patrimoniales como por error entiende la sentencia de la SM inherentes a todo correctivo injustificado. Máxime los restrictivos de libertad, por su «carácter aflictivo que afecta a los profesionales militares», a que alude la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 1990 (perjuicios a un Oficial del Ejército derivados de un arresto indebido por falta leve).

Así como la evidente «angustia psicológica» sufrida en la esfera personal, familiar y profesional, ponderada en la STS, Sala 3.ª, de 8 de febrero de 1991 (Rep. Aranzadi 1.214). Por la privación de los saludables paseos ginecológicos.

Mas el daño moral, consecuente a la prestación de servicios de armas, idénticos a los que la agente realizaba antes del embarazo. En igualdad de condiciones con el varón, como debe ser, sin discriminación alguna, naturalmente. Pero que supusieron un «plus» de lesividad (uso de arma larga, del rígido chaleco antibalas, puestos de centinela en la Prisión Provincial, turnos de noche en el otoño-invierno de Teruel), no para una mujer, sino para una embarazada de cinco meses con anomalías patológicas («placenta marginal»). Padeciendo las indubitadas «molestias psicofísicas» de fácil

comprensión por cualquiera, sin necesidad de prueba directa, que son reconocidas en la STS, Sala 3.ª, de 4 de abril de 1989 (enfermedad *legionella* contraída por hospedaje en una Residencia Militar).

Servicios de armas efectuados durante el cumplimiento del arresto y hasta 1 de enero de 1991 (con exclusión del mes de diciembre, de disfrute de permiso anual), en que la interesada pasó por fin por decisión de sus superiores a servicios de oficina. Debiendo haber pasado cuando menos al tiempo del arresto. Al amparo del RD-Ley 1/1988, de 22 de febrero, regulador de la incorporación de la mujer a las FAS y a la Guardia Civil, que después de dejar por sentado la igualdad con el varón, en su artículo 1.4 admite las diferencias «exclusivamente derivadas de sus condiciones fisiológicas». Y del artículo 74.5, párrafo segundo, de la Ley 17/1989, de 19 de julio, transcrito en el apartado III, 2 *in fine* de este comentario.

b) El daño moral producido con ocasión, no por causa, de la publicidad en la prensa, se reduce al imputable a la Administración sancionadora. Responsable por sus portavoces oficiales, nominalmente identificados en los artículos periodísticos, de las reiteradas afirmaciones general y uniformemente propagadas por la prensa nacional, de hechos inciertos y de declaraciones ofensivas al honor de la agente: «señoritinga con estudios», «simple» guardia 2.º, arrestada por «montar a caballo y jugar al tenis». Provocándose así una *communis opinio* que está en la base de todo hecho notorio.

De tales manifestaciones estaba la prensa inmune a cualquier responsabilidad por la cobertura constitucional del derecho a la libertad de información veraz, pues se limitó a divulgar y transcribir lo que realmente dijeron los autores de aquellas expresiones. Por lo que sería improsperable la acción legal contra la prensa al amparo de la LO 1/1982 que aconsejó el Abogado del Estado en su recurso de casación; luego aceptaba la realidad del daño.

La sentencia de la Sala viene prácticamente a admitir la existencia del daño moral por este concepto, aunque niega mitigadamente el nexo causal «directo», dice, de la Administración y su «culpabilidad».

Claro que no fue la autora material de los artículos periodísticos, pero sí de las frases ofensivas dadas a la prensa por sus portavoces oficiales al ser entrevistados.

Y en cuanto a la «no culpabilidad», la responsabilidad patrimonial del Estado, por objetiva, es ajena a toda idea de culpa.

No hay duda de que los mencionados hechos básicos probados directamente, unos, y absolutamente notorios, otros, como se dijo antes, se deriva por vía de presunción judicial la afirmación, consecuencia de la certeza de los daños morales declarados en la sentencia *a quo*.

Apreciación imbatible en casación, ya que se da el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», en expresión del artículo 1.253 del Código Civil. Es decir, que la inferencia resulta congruente con la máxima de experiencia *id quod plerumque accidit*, «lo que las más de las veces sucede», soporte del silogismo en que consiste la presunción judicial.

Hay que decir que la prueba de presunción judicial no es inferior a las demás admitidas por las leyes, que en definitiva descansan también en presunciones. Así, «envuelve un delicadísimo juicio de razón» (STS 13 de abril de 1964, Rep. Aranzadi 1.862), «que se abandona a la inteligencia y sagacidad del Magistrado» (S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de noviembre de 1960, RGD 1961, pág. 227); «siendo la prueba de mayor carga y rigor intelectual» (Audiencia Territorial Palma de Mallorca, sentencia 26 de junio de 1960, RGD 1961, pág. 716).

c) La novísima sentencia del TS (Sala de lo Militar) de 2 de febrero de 1993 confirma la tesis que acabo de sostener sobre aptitud de la prueba de presunción judicial para el acreditamiento de los daños morales.

No me parece acertada, sin embargo, la contraposición que señala entre «vía de la prueba» y «vía de la deducción», en razón a que ésta es igualmente vía probatoria, la de presunción judicial, conocida de antiguo como *presumptio hominis* y *presumptio facti*.

La «mayor precisión» de la Sala, que dice la sentencia, acerca del problema indemnizatorio (fundamento de Derecho segundo) supone un cambio sustancial de criterio, que aporta una bocanada de aire fresco respecto a anteriores sentencias, entre ellas la de 6 de octubre de 1992, materia preferente de este estudio.

En su virtud, la mención «daños causados», en el artículo 495.b) de la LPM no es interpretada para los supuestos de daños o perjuicios morales por «daños probados», como se hizo en aquella sentencia de la SM. Permitiéndose ahora entender dicha frase como daños «inferidos» o «deducidos» por convicción íntima del Tribunal, o más técnicamente, matizo, probados por presunción judicial.

En opinión del autor, la doctrina de la reciente sentencia no puede considerarse «excepcional» para sólo los casos de arresto privativo de libertad por falta grave. Sino ampliarse al arresto por falta leve, pese a su carácter restrictivo de libertad.

No parece correcto fijarse en las «muy leves sanciones por faltas leves de muy escasa entidad», en palabras de la Sentencia de 2 de febrero de 1993, con referencia a las de 20 de abril, ya citada, y 10 de octubre, ambas

de 1992, para denegar la indemnización de daños y perjuicios morales por inexistencia de prueba. Téngase en cuenta que precisamente las sanciones por faltas leves están excluidas del recurso contencioso-disciplinario ordinario, admitiéndose el preferente y sumario contra los actos sancionadores que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, la declaración jurisdiccional anulatoria de la sanción, en su caso, siempre se basa en la conculcación no de preceptos de simple legislación ordinaria, como puede ocurrir en los contenciosos contra las sanciones por falta grave, sino de derechos supraleales. Constituyendo una infracción de mayor gravedad por serlo del ordenamiento constitucional, más proclive a la causación de daños morales por la preeminencia de aquél.

Se comprenden las exigencias de la disciplina militar para diferenciar uno y otro arrestos, pero no que la distinción pueda extenderse al aspecto meramente procesal o adjetivo de la prueba de los daños o perjuicios de significación extrapatrimonial o moral originados a los sancionados. Por la sencilla razón de que aquellos hechos dañosos solamente pueden ser probados en su existencia o certeza por presunción judicial. Véase la Sentencia de 12 de marzo de 1991 de la Sala Especial de Revisión del TS (núm. 58 de la *Revista Española de Derecho Militar*, 2.º semestre de 1991, pág. 658).

Vendría a resultar *contra natura* de los daños o perjuicios afectivos el exigir los medios de prueba directos en los supuestos de arresto por falta leve, como si de daños materiales se tratase, con la consiguiente desnaturalización de los primeros. Mientras que fuese bastante, por excepción no razonable, la prueba de la presunción judicial en los supuestos de arresto por falta grave.

Más acorde es con el espíritu constitucional y en concreto con el derecho a la tutela judicial efectiva, que los daños morales sean verificados procesalmente en su producción por el acto probatorio idóneo de la presunción judicial. Abstracción hecha de que las sanciones anuladas sean de privación o de restricción de la libertad.

En todo caso, como con acierto indica la repetida sentencia de 2 de febrero de 1993, el Tribunal debe razonar suficientemente la realidad de los daños morales. Y lo hizo la sentencia del TMT 3.º en el supuesto principalmente analizado, que justifica el daño, porque «habiendo efectivamente sufrido la demandante un arresto domiciliario que ahora se declara nulo, sin que por su naturaleza tras su cumplimiento quepa ya sino ordenar su desaparición de la documentación personal». En efecto, ante un hecho dañoso irreversible la única compensación es la indemnización reparadora.

Por el contrario, no parece sea imperativa la inclusión, según requiere

la antedicha sentencia, de las «mínimas bases» para el cálculo de la cifra indemnizatoria en el trámite de ejecución visto el artículo 928 de la LEC.

Queda por analizar el cuarto FD, correlativo al tercer motivo del recurso. La sentencia de la Sala determina «desde el punto de vista doctrinal, ya que por la admisión en parte del anterior tema casacional resulta innecesario», puntualiza, que los artículos 448 y 465 de la LPM no exigen la previa solicitud del interesado y el subsiguiente pronunciamiento en la vía disciplinaria acerca de la indemnización.

«La petición de daños y perjuicios —dice, concorde con el parecer del Fiscal Togado— es consecuencia de la existencia de un derecho reconocido, la pretensión fundamental es ésta y aquélla una medida complementaria, más o menos importante pero que nunca existe por sí misma».

La sentencia, pues, no modifica como opinaba el Abogado del Estado la doctrina contenida en la sentencia número 13 de la SM de 23 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. Mayor Bordes), que contemplaba un supuesto distinto. De petición indemnizatoria extemporánea en escrito de conclusiones, sin que constare el agotamiento de la vía administrativa del artículo 40.1 de la LRJAE para el caso de haberse optado por ella.

Soy conforme en que el interesado pueda plantear conjuntamente las cuestiones de anulación de la sanción e indemnización en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario como en el ordinario.

Y que en ambos procedimientos se pueda promover la pretensión resarcitoria frente al Estado, *ex novo*, sin haberse postulado en la vía disciplinaria, lo que no se opone al carácter revisor de la jurisdicción, que, desde luego, lo es para la pretensión principal.

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* La admisión por la Sala del recurso de casación al amparo del artículo 512 de la LO 2/1989 Procesal Militar me parece un «absurdo antijurídico». Por impugnar una sentencia que devino firme y cosa juzgada al no interponerse el recurso dentro del plazo preclusivo. Con merma de la seguridad que es la motivación radical de lo jurídico.

*Segunda.* A mi entender, la sentencia no es sólo chocante por insólita, sino absolutamente errónea. Ya que no desestimó el recurso de casación, absteniéndose de la entrada en el fondo por la atendida causa que debió determinar su inadmisión en el momento procesal oportuno.

*Tercera.* Por cuanto la sentencia confirmó la declaración de la recurrida de que el acto sancionador vulneró el derecho fundamental de presun-

ción de inocencia y no el de legalidad es errónea en tal razonamiento jurídico y correcta en el pronunciamiento principal del fallo.

*Cuarta.* Es indiferente que aquel pronunciamiento haya sido favorable a la agente sancionada porque la sentencia analizada debió ajustarse a Derecho no solamente en el fallo, sino también en su fundamentación por integrar un todo unitario y armónico.

El valor justicia, uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático que proclama el artículo 1.º de la CE, a cuyo valor tienden necesariamente las decisiones judiciales, no es divisible ni graduable en función del resultado práctico final favorable o adverso para los justiciables. Ni de la mayor o menor entidad de los hechos procesales.

*Quinta.* Discrepo de la estimación en parte del recurso de casación y subsiguiente revocación parcial de la sentencia de instancia por falta de actividad probatoria a cargo de la demandante sobre los daños reclamados:

- porque el correspondiente motivo de casación era rechazable *ab initio* por mal planteado;
- porque se trataban de daños acreditados por presunción judicial dada su significación moral.

*Sexta.* Conforme con la sentencia de la SM, al dejar sentado con toda lucidez la doctrina de que:

- es posible procesalmente pretender la reparación económica por daños y perjuicios de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el procedimiento de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra la sanción impuesta;
- no es necesario agotar la vía administrativa como trámite previo al planteamiento de la mencionada pretensión en el procedimiento contencioso-disciplinario militar, sea el ordinario o el preferente y sumario. Sin que afecte negativamente a la naturaleza revisoria de la Jurisdicción Militar en el ámbito disciplinario respecto al acto sancionador.

Y termino recapitulando este comentario con palabras de Hauriou: «Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclaman el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder Público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio».

# LA EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL AMBITO CASTRENSE Y EL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

M.<sup>a</sup> Isabel González Cano

*Doctora en Derecho.*

*Profesora de Derecho Procesal*

*de la Universidad Carlos III de Madrid*

## SUMARIO

I. INTRODUCCION. LA EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JURISDICCION MILITAR.—II. PRINCIPIOS Y FUENTES DE LA EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JURISDICCION MILITAR.—III. LOS SUJETOS DE LA EJECUCION: 1. LAS REGLAS DE COMPETENCIA FUNCIONAL EN LA LEY PROCESAL MILITAR. 2. LAS PARTES EN LA EJECUCION. ESPECIAL CONSIDERACION SOBRE LA INTERVENCION DE LA FISCALIA JURIDICO MILITAR.—IV. EL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: 1. ORGANIZACION, DEMARCACION Y PLANTA. 2. MARCO GENERAL DE ATRIBUCIONES: A. INCIDENCIAS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVAS. B. EL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL TRIBUNAL MILITAR SENTENCIADOR: 1) CRITERIOS DE DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS. 2) LA LIQUIDACION DE CONDENA. 3) LA SUSPENSION DE LA EJECUCION. 4) LA EXTINCION DE LA EJECUCION: EL LICENCIAMIENTO DEFINITIVO. 5) LA EJECUCION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. 6) EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL TRIBUNAL MILITAR SENTENCIADOR.— V. COMPETENCIAS DEL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: 1. LA LIBERTAD CONDICIONAL. 2. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS. 3. EL REGIMEN DISCIPLINARIO. 4. LOS PERMISOS PENITENCIARIOS. 5. LA CLASIFICACION. 6. REGIMEN DE COMUNICACIONES Y VISITAS.—VI. EL SISTEMA DE RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

## I. INTRODUCCIÓN. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

La ejecución forma parte del proceso penal y por tanto debe ser considerada como actividad jurisdiccional, como «una fase del proceso criminal que sigue al juicio de cognición al hacerse firme la sentencia de condena» (1).

(1) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, I, pp. 56 a 58.

Si esta afirmación es cierta, sin embargo necesita de una matización importante. Efectivamente, no toda la actividad que implica la ejecución de una pena de privación de libertad puede ser calificada como actividad jurisdiccional, al igual que no todas las incidencias que conlleva dicha ejecución y cumplimiento poseen naturaleza administrativa y por tanto deben quedar encomendadas a dicha autoridad (2).

En este punto, y al igual que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es necesario distinguir adecuadamente entre la ejecución y el cumplimiento material de la pena privativa de libertad o, lo que es lo mismo, diferenciar de entre todas las incidencias de la ejecución en sentido amplio, cuáles constituyen manifestaciones jurisdiccionales y cuáles otras son puramente administrativas.

En este sentido, entendemos que los criterios aplicables son idénticos a los que pueden utilizarse en la ejecución penal ordinaria, calificando como plenamente jurisdiccionales todas aquellas incidencias en las que pueda producirse la mutabilidad de la pena inicialmente impuesta, es decir,

---

(2) La doctrina no ha sido pacífica a la hora de atribuir una determinada naturaleza jurídica a la ejecución penal. En este punto, y sin ánimo de exceder los límites de este trabajo, las diferentes construcciones científicas sobre el tema se han centrado o bien en una supuesta naturaleza puramente administrativa, o bien en la asignación de una naturaleza exclusivamente jurisdiccional. En relación con la primera de las posturas, v. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, pp. 694 y ss.; también en *L' esecuzione penale*, Torino, 1953, pp. 30 y ss.; VENDITTI, *Voce «esecuzione»*, en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, p. 775; BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1965, p. 477; RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1965, p. 480; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 45-46, 56 y 113; CARRERAS, «Naturaleza del órgano jurisdiccional», en *Revista de Derecho procesal*, 1965, 2, pp. 359 y ss.; también en «Las fronteras del juez», en *Estudios de Derecho procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, pp. 105 y ss.

Sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal, v. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (traducción de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO y SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1944, I, p. 213; también en *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, I, pp. 104 y 105; igualmente en *El problema de la pena*, (traducción de SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1956, p. 73.

Sin embargo, la concepción que mas hondamente ha calado en nuestra doctrina, y que entendemos que ha sido la que finalmente ha tenido reflejo en nuestra legislación procesal y penitenciaria ha sido la denominada teoría mixta, que acertadamente distingue entre ejecución en sentido estricto de la pena y cumplimiento material de la misma. En este sentido, v. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN), Buenos Aires, 1954, V, p. 311; CATELANI, *Manuale dell' esecuzione penale*, 2.ª ed., Milano, 1987, pp. 177 y ss.; LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal* (traducción de SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1963, III, pp. 472 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., I, pp. 56 y ss.; VIADA-ARAGONESES, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1974, II, pp. 273 y ss.



que alteren en definitiva el contenido aflictivo de la sanción, tales como la liquidación de condena, la remisión condicional, la libertad condicional, la aprobación de beneficios penitenciarios, la clasificación del penado o la concesión de permisos.

Pero además de los incidentes que durante la ejecución de la privación de libertad conllevan ese cambio en las condiciones cuantitativas o cualitativas de la pena, es evidente la necesidad de toda una cobertura administrativa, que en unos casos actúa como colaboradora de la autoridad judicial para la resolución de estos incidentes a los que nos acabamos de referir, y en otros es la encargada de la aplicación del régimen penitenciario, es decir, del conjunto de normas dirigidas a garantizar la seguridad y la convivencia ordenada dentro de un establecimiento penitenciario (así, las normas reguladoras del régimen disciplinario dentro de la prisión); en suma, a la realización de las tareas de cumplimiento material de la pena y en general a regular la convivencia en la prisión, faceta esta última que viene referida a todo interno en la misma, es decir, no sólo a penados sino también a preventivos y detenidos.

En relación con estas dos vertientes de la ejecución, resultan ineludibles, al igual que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el examen de varias cuestiones, tales como la distribución de competencias para conocer de las que hemos denominado incidencias plenamente jurisdiccionales, entre el tribunal militar sentenciador y el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria, órgano judicial introducido en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante, LPM), configurado prácticamente a imagen y semejanza del Juez de Vigilancia Penitenciaria creado en 1979 en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, y que tiene atribuidas un conjunto de funciones complejas y variadas, que van desde la resolución de incidencias relativas a la duración de la ejecución, a la salvaguarda de los derechos fundamentales del interno y la fiscalización de la actuación administrativa penitenciaria; es decir, destinadas a ejercer el control jurisdiccional de esa relación administrativa que se establece entre el interno y las autoridades penitenciarias militares y que, como veremos a continuación, puede ser calificada como relación administrativa de sujeción o supremacía especial.

En los últimos tiempos, hemos venido asistiendo a todo un proceso de asimilación entre la ejecución penal ordinaria y la que tiene lugar en el ámbito de la jurisdicción militar, fundamentalmente por lo que hace a los principios que las inspiran, a la potenciación en ambas de la intervención judicial, a los fines propios de la individualización científica y al recono-

cimiento a favor del recluso en un establecimiento penitenciario de la titularidad de los derechos fundamentales de todo ciudadano.

Tanto la Ley Procesal Militar como el reciente Reglamento Penitenciario Militar de 1992 (en adelante, RPM), inspirados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM), en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria de 1979 (en adelante, LOGP) y en su Reglamento, aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo (en adelante, RP), han trasladado al ámbito de la jurisdicción militar las líneas maestras sobre la ejecución y el cumplimiento material de la pena privativa de libertad, con las particularidades propias derivadas de la especial organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

Así, la vigente regulación del sistema penitenciario militar ha suprimido el sistema progresivo, que contaba con grados cuyos períodos iban sucediéndose por el simple cumplimiento cronológico, sustituyéndolo por la consagración del sistema de individualización científica de la pena. Sistema de individualización que, por otro lado, pretende adaptarse a los postulados constitucionales sobre los fines hacia los que debe orientarse la pena de privación de libertad, la reinserción social y la reeducación en orden a la reincorporación a las Fuerzas Armadas y que, además, debe ser compatible con otros fines no menos importantes de las Instituciones Penitenciarias Militares, tales como la retención y custodia de los internos (3).

## II. PRINCIPIOS Y FUENTES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

La función de garantía que cumple el principio de legalidad en el ámbito del proceso penal, abarca no sólo la garantía criminal y penal (arts.

---

(3) En el presente trabajo, se pretende dar cuenta no sólo de la adaptación del sistema de ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la jurisdicción militar, a los principios y líneas generales de la legislación común, sino también de las principales especificidades que, derivadas de la especial estructura y finalidad de las Fuerzas Armadas, podemos encontrar en la ejecución y cumplimiento penitenciario de estas penas. En este sentido, se prescinde aquí casi totalmente, y en todo lo que no sea especialidad propia del ámbito militar, de gran parte de las posibles referencias a aspectos tales como la naturaleza de la privación de libertad, la evolución sobre sus finalidades, la naturaleza jurídica de la ejecución penal, la concreción de sus aspectos jurisdiccionales o administrativos, así como del minucioso análisis de cada una de las competencias y atribuciones jurisdiccionales que se despliegan en esta fase del proceso penal. Para estos temas, y sin perjuicio de referencias posteriores en este trabajo, entre otros, v. mi obra, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 71 a 122.

25.1 de la CE, 1.º y 2.º de la LECRIM y 23 del CP), sino también la garantía jurisdiccional y procesal (arts. 80 del CP y 1.º de la LECRIM) y la garantía ejecutiva, según la cual las penas no podrán ejecutarse en forma distinta de la prescrita por la ley y los reglamentos (art. 81 del CP y 990 de la LECRIM) (4).

A) En el Código de Justicia Militar de 1945 no existía referencia alguna sobre la regulación de la ejecución de la pena privativa de libertad, ni tampoco un reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad en la ejecución similar al del art. 81 del CP. No obstante, su art. 241 disponía que «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme y en la forma prescrita por las leyes». Así pues, en el Código de Justicia Militar se yuxtaponían o unían leyes penales y procesales militares y no se regulaba en realidad el sistema de cumplimiento que debía observarse en los establecimientos penitenciarios de carácter militar.

Esta situación, que propiciaba un casi total desconocimiento del principio de legalidad en su vertiente de ejecución, se mantuvo hasta el RD 3331/1978, de 22 de diciembre (5), por el que se aprobó el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares (en adelante, REPM). En su Preámbulo se reconoce la necesidad de una reglamentación unitaria sobre prisiones militares, ya que la existente hasta el momento era «dispersa y variada, elaborada especialmente, pero sin unidad de criterios para cada castillo, fortaleza, prisión o penal», circunstancia ante la cual era necesaria una normativa de uso común.

Aunque no se diga expresamente, esta realidad implicaba una vigencia muy limitada del principio de legalidad posteriormente consagrado en la CE de 1978 (art. 9.3), además de «discrepancias que no favorecen el mantenimiento de la debida disciplina en estos establecimientos».

Con posterioridad, la OM 45/1987, de 23 de julio (6), aprobó la Instrucción Penitenciaria Militar, que suponía de facto una modificación de determinados preceptos del Reglamento anterior, interpretando el régimen peni-

---

(4) Puede afirmarse que la legalidad ejecutiva no es más que un «aspecto cualificado» del principio de legalidad en su vertiente de garantía jurisdiccional, incluida en la garantía procesal general y participando de las dos notas esenciales de ésta, es decir, la intervención de los órganos jurisdiccionales y la actuación de conformidad con la LECRIM y demás disposiciones legales que la regulen. En este sentido, MORENO CATENA, *Derecho Procesal. El proceso penal* (con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), Valencia, 1993, p. 738.

(5) BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1979.

(6) BOD n.º 142, de 28 de julio de 1987.

tenciario militar a la luz de los principios generales de la LOGP de 1979 (7), a la que debía ajustarse sin perjuicio, como se reconocía en su Preámbulo, de la necesidad de promulgar en este sentido un nuevo Reglamento.

Uteriormente han sido dictadas varias Ordenes Ministeriales que modifican el Reglamento de 1978, principalmente en lo concerniente a la distribución de competencias y atribuciones judiciales en la ejecución (OM 29/1989, de 28 de marzo) (8) y a la dependencia de los establecimientos penitenciarios militares (OM 26/1989, de 14 de marzo) (9).

Finalmente, se ha acometido la tarea de la promulgación de un nuevo Reglamento Penitenciario Militar, aprobado por el RD 1396/1992, de 20 de noviembre (10), sobre cuyas innovaciones trataremos a continuación.

B) La ejecución de la pena, al igual que en la jurisdicción ordinaria (arts. 988.II y 990 de la LECRIM), exige una sentencia firme de condena dictada por órgano de la jurisdicción militar española (11). Por tanto, la actuación procesal ejecutiva depende de un presupuesto de procedibilidad único constituido por el título de ejecución, rigiendo el principio de oficialidad, y bastando la existencia de ese título jurisdiccional para que el órgano competente proceda, sin necesidad de incitación o instancia de ninguna de las partes procesales (arts. 339 y 348.III de la LPM).

---

(7) Los temas que en esta Instrucción se consideran más necesarios de modificar son los ingresos en los establecimientos, el régimen de comunicaciones y visitas, el régimen de los permisos penitenciarios y el régimen disciplinario, sobre los que trataremos más adelante.

(8) BOD n.º 60, de 29 de marzo de 1989.

(9) BOD n.º 54, de 17 de marzo de 1989.

(10) BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 1992. La DD única de este RD 1396/92 ha derogado el RD 3331/78 y la OM 45/87.

(11) Al igual que ocurre en la jurisdicción ordinaria, el título jurisdiccional puede venir referido a una sentencia condenatoria o absolutoria por motivos de inimputabilidad (supuesto sobre el que trataremos mas adelante), además de a una sentencia impuesta en el extranjero; es decir, en el ámbito de la jurisdicción militar puede ser susceptible de ejecución en nuestro país una sentencia dictada por órganos de la jurisdicción militar de un Estado extranjero (supuesto que en la jurisdicción ordinaria tiene su manifestación más importante en el Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y ratificado por España por Instrumento de 11 de marzo de 1985 —BOE n.º 138, de 10 de junio de 1985—). En este sentido el art. VII, apartado 7.b) del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte, relativo al Estatuto de sus Fuerzas (BOE de 10 de septiembre de 1987), dispone que «las autoridades del Estado receptor concederán consideración benévola a la solicitud formulada por las autoridades del Estado de origen para recabar asistencia con el fin de ejecutar una sentencia de prisión pronunciada por las autoridades del Estado de origen, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, dentro del territorio del Estado receptor».

Aunque como tendremos ocasión de ver, la Ley Procesal Militar ha consagrado la intervención del Fiscal Jurídico Militar en todas las actuaciones de la ejecución (art. 344), no se contempla en nuestro ordenamiento procesal militar, al igual que en la propia LECRIM, la iniciativa del Fiscal ni del resto de los sujetos que hayan intervenido en el proceso para promover la ejecución. Ello, sin embargo, no impide que el Fiscal esté presente en todas las incidencias ejecutivas, que exista una auténtica dualidad de partes, compatible por otro lado con el impulso procesal «ex officio» (12).

El art. 346 de la LPM dispone que todo procesado absuelto por sentencia, si estuviere preso, será puesto en libertad inmediatamente, a menos que la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado. La redacción del precepto es prácticamente idéntica a la del art. 983 de la LECRIM, con la única diferencia de que mientras éste condiciona la permanencia en prisión no sólo a la existencia de estos motivos legales, que hagan necesario el aplazamiento de la puesta en libertad, sino también al ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos, en el art. 346 acertadamente no se hace mención de esta circunstancia. Se evita así en la Ley Procesal Militar la confusión que propicia el citado art. 983 de la LECRIM, al equiparar la ejecución provisional de la sentencia de condena con el cese de las medidas cautelares personales como la prisión provisional (13). Es decir, que el recurso contra la sentencia absolutoria no impide la excarcelación del sujeto, sin perjuicio de que permanezca en prisión por motivos legales, es decir, por tener pendiente el cumplimiento de otra condena, o por estar preso preventivamente por otra causa (art. 355 de la LPM).

C) Al igual que ocurre en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense tiene

---

(12) En Italia, cuyo sistema de ejecución de la pena privativa de libertad ha inspirado en gran medida nuestro actual ordenamiento, el Ministerio Público es sin embargo el típico órgano propulsor de la ejecución (art. 655. 1 del Codice di Procedura Penale). V. en este sentido, CATELANI, *Manuale...*, op. cit., p. 97; GAFFO, *Profili del nuovo Codice di procedura penale* (con CONSO, GREVI y otros), CEDAM, 1990, p. 486 y 487; GIOSTRA, *Il Procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, p. 209.

(13) Efectivamente, si la sentencia es absolutoria la libertad del procesado absuelto mas que actividad de ejecución, constituye el cese de una medida cautelar de prisión provisional o, en todo caso, el desarrollo de una actividad de ejecución «impropia», ya que no se trata de actuación de la sanción sino de liberar al absuelto como revocación de una medida cautelar. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, op. cit., pp. 629 y 630.

una regulación fragmentaria, viniendo regulada en diversos cuerpos normativos: la Ley Procesal Militar (Título V del Libro II de la LO 2/1989, de 13 de abril), el Código Penal Militar de 1985 (14) (arts. 42 a 47), y el nuevo RPM antes aludido, a lo cual hay que unir la supletoriedad en la materia tanto de la LECRIM (DA 1.ª de la LO 2/89) como del CP y, además, la aplicabilidad de la LOGP y del RP.

En la actualidad, el principio de legalidad en su vertiente de ejecución viene recogido en el ámbito de la jurisdicción militar en el art. 338 de su Ley Procesal, que en el mismo sentido de los arts. 80 y 81 del CP y 990.I de la LECRIM, dispone que las penas impuestas en sentencia firme dictada por la Jurisdicción Militar «se ejecutarán conforme se establezca en la sentencia y en la forma que dispongan las leyes y reglamentos».

Como apuntamos antes, la necesidad de un nuevo Reglamento Penitenciario Militar venía contenida incluso en el art. 348 de la LPM, al disponer que «las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares..., se cumplirán conforme a lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que se inspirará en los principios de la LOGP acomodados a la especial estructura de las Fuerzas Armadas...».

En este sentido, esta previsión obligaba a entender que en lo no previsto por el Reglamento de 1978, habría que estar a lo dispuesto en la LOGP y el RP común. Acorde con este planteamiento, el nuevo RPM de 1992 opta por lo que en su propio Preámbulo denomina «sistema referencial», con un breve articulado que recoge exclusivamente normas específicas y singularidades propias de la organización militar, remitiéndose en todo lo demás al régimen común de la LOGP y del RP, que tienen el carácter de normas supletorias (DA 1.ª del RD 1396/92).

Igualmente, las previsiones de estas normas reglamentarias militares que contradigan lo dispuesto en la legislación penitenciaria común o suponga un trato más desfavorable para el recluso militar sin justificación aparente alguna, deben entenderse sustituidas por las de la LOGP y el RP, con lo que podemos concluir que en casos de contradicción entre ambas normativas, la aplicación de la específicamente militar sólo se producirá, como afirma el art. 348. II de la LPM, cuando lo exija «la especial estructura» de las Fuerzas Armadas.

---

(14) LO 13/1985, de 9 de diciembre.

### III. LOS SUJETOS DE LA EJECUCIÓN

La ejecución penal militar, como no podría ser de otro modo, se efectúa de oficio, sin que exista sujeción respecto de la posible iniciativa de quienes en su momento fueron partes acusadoras en el proceso; por tanto, sin necesidad de que éstas últimas pongan en marcha la actividad ejecutiva.

Teniendo presente que la tutela jurisdiccional comprende no sólo la acusación y el juicio, sino también la ejecución de la resolución y de la pena impuesta, es preciso referirnos a las reglas competenciales arbitradas por la Ley Procesal Militar en orden a la ejecución del título de ejecución y de la pena privativa de libertad, además de a la articulación de la relación de sujetos intervinientes en la ejecución en lo que hace a las partes procesales.

#### 1. *Las reglas de competencia funcional en la Ley Procesal Militar*

Los arts. 339 a 341 de la LPM reproducen casi en su totalidad los arts. 984 a 986 de la LECRIM, en cuanto que, en orden a la determinación de la competencia funcional en trámite de ejecución de sentencia, disponen que ésta corresponde al órgano judicial militar que haya conocido del proceso, el que hubiese conocido del mismo en primera o única instancia (arts 10.2 y 339 de la LPM) (15). Así, la ejecución de las sentencias firmes dictadas en procedimientos por falta común, corresponde a los Juzgados Togados Militares Territoriales y Centrales (arts. 61.2 y 4 de la LO 4/87, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar); en segundo lugar, la competencia viene atribuida a los Tribunales Militares Territoriales, respecto de las sentencias dictadas en procedimientos por delito no reservados al TS ni al Tribunal Militar Central (procedimientos a los que se refiere el art. 45.1 de la citada LO 4/87); por último, el Tribunal Militar Central (art. 34.1) y la Sala V de lo Militar del TS, serán competentes para la ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos en única instancia a los que se refiere el art. 23.2 del mismo cuerpo legal (16).

---

(15) Al igual que en los procesos penales ordinarios, el art. 343 de la LO 2/89, prevé el auxilio judicial en la ejecución de las sentencias, con una redacción casi idéntica a la del art. 987 de la LECRIM, disponiendo la comisión del Juez Togado de la demarcación territorial del lugar en que deba cumplirse la diligencia o actuación para que se practique, con la particularidad respecto del art. 987 de que se dispone expresamente la necesaria dación de cuenta al órgano de la ejecución del cumplimiento de la actuación y, además, la remisión del original de tal diligencia a dicho Juez para su unión al procedimiento.

(16) Se trata del enjuiciamiento de delitos y faltas no disciplinarias contra Capitanes generales, Tenientes Generales, Almirantes, miembros del Tribunal Militar Cen-

En relación con las sentencias firmes dictadas por el Tribunal Militar Central y por la Sala V del TS, hay que tener en cuenta dos particularidades. En primer lugar, el art. 342 de la LPM faculta a la Sala V del TS y al Tribunal Militar Central para que encomienden la ejecución de la sentencia al Tribunal Militar Territorial que corresponda al lugar donde se deba cumplir la sentencia. Se trata de un caso específico constitutivo de una excepción al principio de la competencia del órgano que haya dictado la resolución firme. Evidentemente, y sobre todo considerando que el precepto no marca requisitos o causas por las que se pueda realizar esta delegación de competencia, sería necesario una resolución del órgano delegante (un auto, con base en el art. 82 de la LPM) y además susceptible de ser recurrido (recurso de súplica según el art. 238 de la LECRIM) (17).

En segundo lugar, no existe precepto en la Ley Procesal Militar que contenga una regla similar a la del art. 986 de la LECRIM respecto de las sentencias dictadas por el TS (Sala V) en recursos de casación por infracción de ley, disponiendo que la ejecución se encomiende al Tribunal de la instancia. Ahora bien, existe una remisión expresa del art. 326 de la LPM a la LECRIM en orden a la tramitación del recurso de casación, que permite entender aplicable el citado art. 986, de manera que, con base en la misma norma que opera en la jurisdicción ordinaria, las sentencias dictadas por la Sala V del TS en estos recursos serán ejecutables por el Tribunal que haya dictado la sentencia casada, es decir, el Tribunal Militar Territorial o el Tribunal Militar Central.

Nos referimos a los supuestos de sentencias dictadas en un recurso de casación penal por infracción de ley (arts 902 y 849 de la LECRIM), en los que si la resolución es casada por la Sala, se dictará a continuación la sentencia que proceda conforme a derecho. Esta sentencia no podrá ser ejecutada por el TS, puesto que éste conoce del proceso no como juez propio del mismo, sino en virtud del recurso interpuesto, y su competencia está limitada a la cuestión legal objeto de dicho recurso, por lo que la ejecución debe corresponder al tribunal de la instancia, es decir, al Tribunal Militar Territorial o al Tribunal Militar Central (18).

---

tral, Fiscales Togados, Fiscales de la Sala de lo Militar del TS y del Tribunal Militar Central.

(17) La LECRIM es aplicable, según la DA 1.ª de la Ley Procesal Militar, al proceso penal militar, que se regirá por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la propia Ley Militar.

(18) En este sentido, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 2.ª ed., 1925, t. VI, pp. 631 y 632.



## 2. *Las partes en la ejecución. Especial consideración sobre la intervención de la Fiscalía Jurídico Militar*

Como hemos venido afirmando, aunque la sentencia firme pone fin a la discusión sobre la procedencia del ejercicio del «ius puniendi», ello no supone que a partir de ese instante el modo en el que se ponga en práctica ese derecho a castigar, e incluso el castigo en sí mismo, quede a la discrecionalidad administrativa o gubernativa, es decir, en manos de las Instituciones Penitenciarias Militares, de las unidades de las Fuerzas Armadas que dependen orgánica y funcionalmente de la Secretaría de Estado de Administración Militar y del Ministerio de Defensa.

Los órganos judiciales militares, al igual que los órganos jurisdiccionales ordinarios, controlan las incidencias básicas que se producen a raíz de la ejecución de una pena privativa de libertad. En relación con esas incidencias, el condenado tiene derecho a exigir que su tramitación y resolución se ajuste a las previsiones legales, a instar e intervenir en esos incidentes, crisis o incidencias ejecutivas.

En este sentido, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, el art. 344.II de la LPM consagra el contradictorio en la ejecución penal militar, disponiendo que pueden intervenir los defensores y letrados designados por las partes, formulando peticiones y ejercitando los recursos autorizados por la Ley y Reglamentos aplicables, reconociéndose así el derecho de defensa en la ejecución en su vertiente de asistencia letrada. Por tanto, el condenado tendrá la iniciativa en algunas de las incidencias de la ejecución (así, por ejemplo, en la refundición de condenas a la que se refiere el art. 345 de la LPM), posibilidades de oposición y de ejercicio del derecho de defensa (así, en materia de recursos tanto contra las resoluciones del tribunal sentenciador como contra las dictadas por el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria, según el art. 358 del mismo cuerpo legal) (19).

Por otra parte, una importante novedad de la Ley Procesal Militar la constituye el reconocimiento explícito de la intervención del Fiscal en todas las actividades de ejecución de la sentencia.

---

(19) Sobre la intervención del condenado en la ejecución, v. CARNELUTTI, *Lezioni...*, op. cit., IV, p. 193; GREVI, *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (legge 10 ottobre 1986, n. 663)*, Padova, 1988, p. 45; CATELANI, *Manuale...*, op. cit., pp. 117 y ss.; MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, op. cit., pp. 747 a 749. Sobre el derecho de defensa y la regulación y vigencia del contradictorio en la ejecución penal ordinaria, v. mi obra, *La ejecución...*, op. cit., pp. 65 y ss.

En este sentido, la Fiscalía Jurídico Militar tiene en la jurisdicción militar la misión genérica de promover la acción de la justicia, actuando en defensa de la legalidad y de los derechos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados (art. 88 de la LO 4/87), ejerciendo las funciones y desarrollando las actividades que se atribuyen al Ministerio Fiscal en su Estatuto Orgánico (arts. 89 de la LO 4/87 y 3 a 5 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre).

El art. 344.I de la LPM dispone, partiendo de estos principios, que el Fiscal Jurídico Militar intervendrá en la ejecución de las sentencias ejerciendo la misión que le es propia en defensa de la legalidad y de los derechos de los condenados y perjudicados.

La intervención del Fiscal Jurídico Militar en el control de la ejecución del fallo debe por tanto cubrir todas y cada una de las incidencias ejecutivas hasta la extinción de la responsabilidad criminal, incluidas aquellas que se sigan ante el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria.

Este principio, que entendemos que deriva con carácter general del art. 124 de la CE y de los arts. 3.9 y 4.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (LO 50/1981, de 30 de diciembre), aplicable en el ámbito de la jurisdicción militar, de forma que, según dispone el art. 89 de la LO 4/1987 de competencia y organización de la jurisdicción militar, el Fiscal Militar ejercerá las funciones y desarrollará las actividades que le atribuyen al Ministerio Fiscal su Estatuto Orgánico (20).

Continúa el citado precepto en su párrafo tercero estableciendo la función colaboradora de la Administración, que auxiliará a los encargados de la ejecución de la sentencia en la medida en que sean requeridos, o ejercerán funciones de carácter complementario (21).

---

(20) En el ámbito de la jurisdicción ordinaria falta sin embargo un reconocimiento expreso de la intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución de la privación de libertad, estando prevista su actuación únicamente en casos concretos, tales como las redenciones extraordinarias por el trabajo ( art. 71.4 del Reglamento de Prisiones de 1956), la refundición de condenas (art. 988 de la LECRIM) o la declaración de la demencia sobrevenida del penado (art. 993 de la LECRIM). Por otra parte, el art. 76.2.h) de la LOGP, al remitirse a la LECRIM en cuanto al modo de efectuarse las visitas a los centros penitenciarios, de forma indirecta también le atribuye esta función no sólo al Juez de Vigilancia sino también al Fiscal. Por último, la DA 5.ª.5 de la LOPJ, establece su condición de parte en todos los recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia.

Sobre la necesidad de potenciar la intervención del Fiscal en la ejecución de la pena privativa de libertad, v. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, op. cit., VI, pp. 651 y 652; MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, op. cit., pp. 745 y 746; BUENO ARÚS, «*El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados*», en *La Ley*, 1841, de 13 de 13 de noviembre de 1987, p. 2.

(21) Hasta que se publicó la OM 26/1989, de 14 de marzo, por la que se regula la

#### IV. EL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

##### 1. Organización, demarcación y planta.

El principio de la judicialización en la ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito de la jurisdicción castrense, parte de la LO 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar. Sin embargo, con anterioridad a la LO 4/87 y a la Ley Procesal Militar de 1989, también se planteaba la existencia de la figura del Juez de Vigilancia en el ámbito de la ejecución penal militar.

En este sentido, el Informe del CGPJ de 6 de marzo de 1987 (22) atribuía las funciones correspondientes en materia de ejecución de penas de privación de libertad al Juez de Vigilancia ordinario, por «el carácter expansivo de la jurisdicción de vigilancia», creada para salvaguardar los derechos de los internos, sin que al Juez de Vigilancia le alcance la limitación de que las instituciones que se regulan en la LOGP son las que su organización y dirección corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia (art. 79 de la LOGP); y también en base al principio de no discriminación, que quedaría gravemente conculcado si se estableciera la diferencia en cuanto a la protección de los derechos de los internos, fundada en un criterio nada razonable como sería la naturaleza militar u ordinaria de los tribunales sentenciadores y de los establecimientos donde se cumple la condena, ya que las garantías del orden penal deben alcanzar sin discriminación a todos los justiciables.

Aunque en la LO 4/87 aún no aparecía como tal la figura del Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria, el art. 61.4 establecía como función de los Juzgados Togados Militares Territoriales «la vigilancia judicial penitenciaria en relación con los establecimientos penitenciarios militares y sus internos».

---

dependencia de los establecimientos penitenciarios militares (BOD n.º 54, de 17 de marzo de 1989), no existía unidad administrativa en la materia. En la misma, se disponía que todos los establecimiento penitenciarios militares se adscribían a la Subsecretaría de Defensa (art. 1.º), que sin perjuicio de las atribuciones específicamente judiciales, tendrían por función la gestión del personal profesional que preste servicio en estos establecimientos y la dotación presupuestaria de los mismos (art. 2.º). Por su parte, el art. 4 del nuevo RP Militar (RD 1396/92) dispone que las instituciones penitenciarias son unidades de las Fuerzas Armadas, dependientes orgánica y administrativamente de la Secretaría de Estado de Administración Militar.

(22) Citado por BUENO ARÚS, «El Juez de Vigilancia y los derechos de los penados», op. cit., pp. 5 y 6.

La Ley Procesal Militar de 1989 reconoce expresamente la figura del Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria y, así, en su art. 356 dispone que «para cada establecimiento penitenciario militar habrá un Juez de Vigilancia Penitenciaria (23), cargo que será ejercido por el Juez Togado Militar que designe la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, y cuyas funciones serán compatibles con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional» (24).

Parece existir cierta contradicción entre las referencias al órgano que debe asumir la función de vigilancia penitenciaria en la LO 4/87 y en la LO 2/89. Efectivamente, mientras en la primera se encomienda esa función al Juzgado Togado Militar Territorial, en la segunda tal función se atribuye al Juzgado Togado Militar, sin especificar si se trata de uno de los Juzgados Togados Centrales que existen en la sede del Tribunal Militar Central, o de un Juzgado Militar Territorial. Teniendo en cuenta la competencia de estos órganos jurisdiccionales militares (25), lo más acertado es que en aquellas circunscripciones territoriales militares («territorios») donde se encuentre ubicado un establecimiento penitenciario dependiente del Ministerio de Defensa, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central designe el Juez de Vigilancia Penitenciaria Militar de entre los Juzgados Togados Militares Territoriales del mismo, siendo preferente aquél en cuya jurisdicción se encuentre el centro carcelario en cuestión (26).

---

(23) Mientras en la jurisdicción militar es perfectamente posible la creación de un Juzgado de Vigilancia por cada establecimiento penitenciario, en la jurisdicción ordinaria los Jueces de Vigilancia tiene con carácter general jurisdicción provincial, aunque cabe también que la extiendan a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma, existiendo además juzgados con jurisdicción inferior a la propia provincia (arts. 94.2.º y 3.º de la LOPJ y 3.2 y Anexo X de la Ley de Demarcación Judicial).

(24) En el mismo sentido, el art. 1.º dispone que «los órganos competentes de la Jurisdicción Militar vigilarán el cumplimiento de las penas que se extingan en establecimientos penitenciarios militares».

(25) El Tribunal Militar Central tiene competencia sobre todo el territorio nacional y su sede se encuentra en Madrid, en la que existen uno o más Juzgados Togados Militares Centrales, con jurisdicción también en todo el territorio nacional (arts. 32 y 56 de la LO 4/87). Por su parte, los Tribunales Militares Territoriales parten de una división territorial diferente, existiendo una división territorial jurisdiccional militar en cinco unidades o circunscripciones, formadas por varias provincias y denominadas «territorios», en cada uno de los cuales existe un Tribunal Militar Territorial, y el que a su vez pueden existir uno o varios Juzgados Territoriales, con competencia en todo el «territorio» o en parte de él (arts. 44 y 60 de la LO 4/87 y 1.º, 52 y 70 de la Ley 9/1988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción Militar (BOE n.º 97, de 22 de abril)).

(26) Ver la OM 29/89, de 28 de marzo (BOD n.º 60, de 29 de marzo) sobre asunción de competencias de los Juzgados Territoriales en relación con la vigilancia judicial penitenciaria.

La regla general establecida en el art. 356 de la LPM es el desempeño de las funciones de vigilancia penitenciaria en régimen de compatibilidad de funciones. Sin embargo, prevé que cuando se considere necesario que el Juez ejerza únicamente esas tareas, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central proponga al Ministro de Defensa su nombramiento (27).

## 2. Marco general de atribuciones

### A. Incidencias jurisdiccionales y administrativas

Como hemos venido afirmando, la ejecución de la pena privativa de libertad abarca la resolución de incidencias administrativas y judiciales, a veces no suficientemente delimitadas, siendo preciso concretar con exactitud cuáles son manifestaciones jurisdiccionales y cuáles poseen naturaleza administrativa; y en relación con las primeras cuáles siguen estando residenciadas en los tribunales sentenciadores y cuáles debe entenderse que pasan a ser atribuidas a los Jueces Militares de Vigilancia Penitenciaria.

En este sentido, y en relación con la primera de las cuestiones planteadas, consideramos que en relación con las modificaciones del contenido afflictivo de la pena, es decir, aquellas mutaciones cualitativas o cuantitativas de la pena, debe postularse la garantía de la intervención judicial (28).

---

Previamente, la OM 44/88, de 30 de mayo modificó también la IPM en el sentido de que las referencias al Capitán General de la Región o Zona Militar se entenderán siempre referidas al Juzgado Togado Militar Territorial de la demarcación donde se ubique el establecimiento penitenciario, o al Decano cuando hubiese varios.

En la OM 29/89, dichas referencias se entienden hechas al Juzgado Territorial al que en cada caso se atribuyan las funciones de vigilancia judicial penitenciaria, que será llevada a cabo por el Juzgado Territorial de la demarcación donde se ubique el establecimiento o, cuando hubiese varios, por el que siga en antigüedad al que ostenta el decanato de dichos Juzgados.

(27) También en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la mayoría de los Jueces de Vigilancia ejercen sus funciones en régimen de compatibilidad con otro órgano jurisdiccional del orden penal (arts. 94.4 de la LOPJ y 18.1 y Anexo X de la Ley de Demarcación y Planta).

(28) ALCALÁ ZAMORA-LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, III, p. 425, las define como «incidencias típicamente procesales, que motiven la intervención de la autoridad judicial con fines, no de condena, sino declarativos o constitutivos de estados jurídicos», como por ejemplo la libertad condicional. V. también, GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza...*, op. cit., pp. 67 y 68; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, op. cit., II, pp. 267 y ss.; FENECH, *El proceso penal*, Madrid, 1982, pp. 15 y 419 y ss.; también, en *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 713 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., I, pp. 57 y ss.; ROIG BUSTOS, «La Forma y la impugnabilidad de las resoluciones del Juez

Así, podemos calificar como incidentes de ejecución estricta, y por tanto de competencia judicial, a la liquidación de condena (art. 349 de la LPM), la decisión sobre la remisión condicional y la declaración de demencia sobrevenida, como incidentes suspensivos de la ejecución (arts. 364 a 374 de dicho cuerpo legal), el licenciamiento definitivo (art. 34 del RPM); por último, las competencias que expresamente se atribuyen al Juez de Vigilancia, tales como la libertad condicional, la aprobación de beneficios penitenciarios, incluyendo además aquellas en relación con las cuales la Ley le concede a esta autoridad judicial, como veremos, un papel secundario en favor de la Administración Penitenciaria Militar, pero que entendemos que deben ser siempre consideradas como incidencias plenamente judiciales, y que son la clasificación penitenciaria y la concesión de permisos de salida (arts. 357 de la LPM y RPM de 20 de noviembre de 1992).

Por contra, incidencias administrativas son aquellas que implican la aplicación del régimen penitenciario, en relación con las cuales la Ley dispone sin embargo intervenciones judiciales en orden a la fiscalización de la legalidad de la actuación administrativa penitenciaria (art. 106.1 de la CE) y a salvaguardar los derechos de los internos (art. 117.4 de la CE). Nos referimos a materias tales como el régimen disciplinario, regulado en los arts. 357 de la LPM y 20 del RPM, o a las visitas al centro penitenciario del Juez de Vigilancia.

No todas las competencias del art. 357 de la LPM, al igual que ocurre con las recogidas en el art. 76 de la LOGP, poseen por tanto el carácter de actuaciones realizadas en ejecución de sentencia, es decir, no todas implican incidentes jurisdiccionales sobre el contenido de la potestad punitiva ya declarada, sino que algunas de ellas hacen referencia al amparo de los derechos y beneficios de los internos, es decir, tanto penados como preventivos y detenidos en establecimientos penitenciarios militares.

Es decir, el Juez de Vigilancia tiene dos tipos de competencias. Por un lado, las atribuciones auténticamente jurisdiccionales, en las que podemos afirmar que se satisfacen «pretensiones punitivas de ejecución», y la actividad «jurisdiccional impropia», otorgada al Juez por razones de oportunidad y eficacia, al considerarse que la atribución de estas funciones a un órgano judicial especializado es más conveniente que su encauzamiento a

---

*de Vigilancia*», en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, I, 1982, pp. 204 y 205; BUENO ARÚS, «Los Jueces de Vigilancia y la Criminología», en Poder Judicial, 7, 1981, p. 121.

través de incidentes a resolver por el tribunal sentenciador o por la vía contencioso-administrativa (29).

Al igual que ocurre en el ámbito de los establecimientos penitenciarios dependientes de la Administración civil, el régimen penitenciario militar se basa en una relación de sujeción o supremacía especial, ya que el interno (penado o preventivo) «se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición de ciudadano, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos» (STC 2/1987, de 21 de enero) (30).

Esta relación penitenciaria de sujeción especial viene reconocida en el art. 25.2 de la CE, al determinar la posibilidad de que el preso goce de todos los derechos fundamentales de cualquier ciudadano, excepto los expresamente restringidos por la sentencia de condena, además de los limitados expresamente por la ley. Por tanto, este marco de posibles limitaciones de derechos derivada de la sujeción especial no puede establecerse fuera de la ley, es decir, no cabría una regulación limitadora de los derechos del interno meramente reglamentaria, ya que en sí misma la relación de supremacía especial no constituye una excepción a la reserva de ley. Aunque en su configuración doctrinal originaria fue formulada en estos términos, hoy no puede concebirse una desvinculación de la misma con el principio de legalidad, configurado por la propia Constitución como presupuesto necesario para su establecimiento (31).

---

(29) En este sentido, ha tenido ocasión de manifestarse el CGPJ en un Informe sobre la competencia judicial para la aplicación del art. 70.2 del CP de abril de 1987, en PUYOL MONTERO, *Dictámenes y criterios gubernativos del Consejo General del Poder Judicial (primera y segunda época)*, CGPJ, Madrid, 1991, documento 66, p. 235.

(30) En el mismo sentido, las SS TC 74/1985, de 18 de junio; 190/1987, de 1 de diciembre y 61/1990, de 20 de marzo. Sobre la configuración de la relación de sujeción especial en general y en el ámbito penitenciario, v. GALLEGO ANABITARTE, «*Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*», en *Revista de Administración Pública*, n.º 34, 1961, p. 13; GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción y la Constitución española*, Madrid, 1992, pp. 56 y ss.

(31) Precisamente, la relación de supremacía especial a la que se encuentra sometido el preso fue objeto de examen por la S del TC alemán de 14 de marzo de 1972 (BVerfGE, 33, 1), citada por GARCÍA MACHO, *Las relaciones...*, op. cit., p.p. 82 y ss, en la que se afirma que los derechos fundamentales únicamente pueden ser restringidos o por la ley o bien sobre la base de una ley, ya que la Constitución no contiene una autorización para un desarrollo reglamentario de este tema. Sobre la articulación de la relación penitenciaria de sujeción especial y la diferenciación entre aspectos o vertientes jurisdiccionales y administrativas en la ejecución, v. mi obra *La ejecución...*, op. cit., pp. 94 y ss.

Sin perjuicio de referirnos a estas cuestiones mas adelante, cabe afirmar que teniendo en cuenta estas limitaciones derivadas del principio de reserva de ley, la ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito de la jurisdicción militar supone una relación de sujeción especial constituida por el régimen penitenciario, en la que las posibles limitaciones de derechos fundamentales tienen que venir contenidas en la ley.

## B. El Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria y el Tribunal militar sentenciador.

### 1) Criterios de distribución de competencias

La distribución de competencias en materia de ejecución entre el tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia en el ámbito castrense es prácticamente idéntica a la establecida en la jurisdicción ordinaria en la LOGP y la LECRIM. Funciones tales como la liquidación y la refundición de condenas (arts. 345 y 349 de la LPM), la declaración de la demencia sobrevenida (arts. 364 a 367) o la remisión condicional (arts. 368 a 374) continúan en la actualidad atribuidas al órgano sentenciador.

El reconocimiento explícito en la Ley Procesal Militar de la judicialización de la ejecución penal, al igual que el contenido en el Título V de la LOGP, ha suscitado la necesidad de establecer las fronteras competenciales entre los Jueces Militares de Vigilancia Penitenciaria y los tribunales militares sentenciadores.

La cuestión se plantea a partir del tenor literal del art. 357 de la LPM, que dispone que el Juez de Vigilancia «tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta»; en concreto y especialmente, «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los tribunales sentenciadores».

Esta asunción de las funciones anteriormente atribuidas al tribunal sentenciador, también establecida en el art. 76.2,a) de la LOGP (32), entende-

---

(32) Es de resaltar en este sentido el esfuerzo clarificador que supuso una de las enmiendas presentadas en su día al Proyecto de la Ley en relación con este precepto, y que le daba una nueva redacción en el sentido de que a los Jueces de Vigilancia les correspondería especialmente «asumir de forma exclusiva las funciones que la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina para los jueces y tribunales sentenciadores y las visitas a los establecimientos penitenciarios previstas en el art. 526 de dicha Ley, en la forma que determinen los correspondientes preceptos». La motivación de la enmienda



mos que debe venir referida no únicamente a las funciones que expresamente, y parece que sin ánimo de exhaustividad, recoge el art. 357, sino también a funciones residenciadas expresamente en los tribunales sentenciadores.

Efectivamente, la atribución de una determinada competencia a un órgano judicial o a otro debe depender de que en dicho incidente se traten o cuestionen circunstancias relativas al proceso de cognición (33). Este criterio nos conduce a afirmar que deben quedar conferidas al Juez de Vigilancia todas las competencias que no constituyen «potestades declarativas», es decir, que no constituyan valoraciones de los hechos motivadores de la condena. Este criterio, formulado en sentido negativo, nos permite defender la oportunidad de la decisión por el Juez de Vigilancia de incidencias tales como la liquidación y refundición de condenas, la declaración de demencia sobrevenida o el licenciamiento definitivo del recluso (34).

Conviene pues referirse a algunas de estas incidencias de la ejecución, sobre la oportunidad de su atribución al Juez Militar de Vigilancia y sobre algunos aspectos destacados de la sustanciación de estos incidentes.

## 2) La liquidación de condena

El art. 349 de la LPM contiene una regulación más sistemática y completa que la LECRIM (art. 990.I) en relación con el auto de liquidación de condena, en el que deben quedar consignados extremos tales como la fecha de detención o constitución en prisión, los períodos deducibles de la condena impuesta (prisión preventiva, tiempo de abono por indulto) y el tiem-

---

aducía que «la fórmula utilizada en el proyecto para definir las atribuciones del Juez de Vigilancia no es concreta», reuniendo en el apartado a) «cuanto supone funciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explicitando la asunción en forma exclusiva de las mismas, para evitar problemáticas interpretaciones» (v. enmienda 90-38 presentada por el Grupo Comunista, en *Ley Orgánica General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 67).

(33) Algún autor opta sin embargo, en relación con esta distribución de competencias, por una transferencia en bloque a favor de los Jueces de Vigilancia de todas las atribuciones antes encomendadas a los tribunales sentenciadores. Así, LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., 1988, pp. 373 y ss.

(34) El criterio apuntado viene configurado por el propio CGPJ en un Informe relativo a la competencia para proceder en la aplicación del art. 70.2 del CP (refundición de condenas). V. PUYOL MONTERO, *Dictámenes y criterios...*, op. cit., pp. 233 y ss. Más ampliamente, en mi trabajo *La ejecución...*, op. cit., pp. 139 a 144.

po que restare por cumplir con la fecha en que se entiende extinguida la condena (35).

A) En relación con el abono de la prisión provisional, el art. 349.c) de la LPM dispone la necesidad de hacer constancia en la liquidación del tiempo que ha estado el sujeto en prisión preventiva o atenuada, detenido o arrestado por los mismos hechos, estableciendo además el art. 27 del CPM que será abonable el tiempo de arresto disciplinario si se hubiese sufrido por los mismos hechos. Por tanto sería deducible en la liquidación de condena todo el tiempo que el sujeto haya estado privado provisionalmente de libertad por los mismos hechos, aunque lo hubiese estado en razón de un procedimiento distinto, por ejemplo de carácter disciplinario. En este sentido, la *Ley Procesal Militar*, al permitir el abono del tiempo de detención recoge la tendencia que tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido sobre el abono, en relación con la futura condena, de cualquier privación de libertad decretada de oficio o confirmada judicialmente (36).

Sin embargo, al igual que el art. 33 del CP se refiere a la prisión provisional abonable como aquella sufrida en la causa en la que se decreta la condena, el art. 349,c) de la LPM se refiere a la prisión provisional sufrida por los mismos hechos; por lo que en ambos casos parece que se limita el tiempo de prisión provisional abonable a aquel sufrido por la causa en la que hay que practicar el abono. En este sentido, es necesario optar por un sistema de abono que permita el mismo en los procedimientos por hechos delictivos ocurridos con anterioridad a esa concreta prisión provisional (37), es decir, un abono que no debe ceñirse a la pena consecuencia del delito por el que se ha sufrido la prisión provisional (38).

B) Por otra parte, y aunque no se incluya en el art. 349, también es deducible el tiempo redimido por el trabajo durante la prisión provisional. La DA 2.<sup>a</sup> del RPM remite en este sentido a lo dispuesto en el art. 100 del CP y a la LOGP para la concesión del beneficio. Por tanto, aplicando la

---

(35) La propuesta de licenciamiento definitivo del penado correspondía al Gobernador de la prisión, que las remitían con cuatro meses de antelación a la autoridad judicial competente (art. 100 del REPM). Los arts. 10 y 13 del RP Militar de 1992 (RD 1396/92) atribuyen la realización de la propuesta de licenciamiento al director del centro.

(36) V. MORENO CATENA, *Derecho procesal*, op. cit., pp. 380 y 381; ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, Civitas, 1987, p. 185. En parecidos términos, la STC 140/1986, de 11 de noviembre.

legislación común, hay que considerar extensibles sus efectos sobre la prisión provisional.

C) El art. 345 de la LPM dispone una regla similar a la de los arts. 70.2 del CP y 988 de la LECRIM, al permitir la limitación temporal de penas aplicable a los delitos conexos que debieron ser enjuiciados en un mismo sumario con arreglo al art. 15 de la LO 4/1987, de competencia y organización de la jurisdicción militar. Este incidente de acumulación de penas, consistente en aplicar al penado, como máximo de cumplimiento, el tripló del tiempo por el que se le impusiese la mas grave de las penas en que haya incurrido, puede decretarse tanto en la sentencia condenatoria que ponga fin al proceso (supuesto de un sólo proceso con varios delitos conexos), o en casos de varios delitos conexos con un procedimiento penal distinto para cada uno, que posteriormente se integran en uno solo en base al incidente de refundición del art 345 de la LPM. En el primero de los supuestos la solución lógica es que la refundición la realice el tribunal sentenciador, pero en el resto de los casos, cuando se trata de penas impuestas en diferentes procesos, no encontramos razón alguna para mantener esta competencia residenciada en el órgano sentenciador (el que ha dictado la última), y si para entenderla atribuida a los Jueces Militares de Vigilancia, ya que la apreciación de la conexidad no afecta en principio a los pronunciamientos declarativos de las diferentes condenas, ni a los hechos probados, aunque si exige sopesar las causas de conexidad del art. 15 de la Ley de 1987 (39).

Sobre el procedimiento del art. 345 de la LPM, entendemos que resulta aplicable la doctrina que sobre el art 988 de la LECRIM elaboró en su día la STC 1/1987, de 30 de enero, y en la que se afirma la necesidad de respetar en este incidente las garantías procesales del art. 24.2 de la CE, y en concreto el derecho de audiencia del condenado, incluso en los casos en los que no haya sido el propio penado el que haya promovido el incidente de refundición.

---

(37) MORENO CATENA, *Derecho procesal*, op. y pp. cit.

(38) En este sentido, el art. 657.1 del Codice di procedura penale permite el cómputo del período de prisión provisional en relación con el mismo o con diferente delito, sin que exista la condición, a diferencia del art. 33 del CP o del art 349,c) de la LPM, de que se trate de penas impuestas en el procedimiento por el que se ha sufrido esa prisión provisional.

(39) En contra v. los autos del TS de 14 de octubre de 1989 (RA 7686) y 9 de marzo de 1991 (RA 2327); igualmente, el auto de del TS de 7 de marzo de 1990 (RA 2397).

### 3) La suspensión de la ejecución

A) La declaración de la demencia sobrevenida del penado viene regulada en el ámbito de la ejecución castrense en los arts. 364 a 367 de la LPM, como incidencia suspensiva de la ejecución de la pena privativa de libertad. El RPM no contiene una regulación adecuada sobre el tema, por lo que es necesario aplicar los arts. 991 a 994 de la LECRIM y la normativa que sobre el tema establece tanto la LOGP como el RP.

En este sentido, la Administración Penitenciaria Militar puede decretar el internamiento preventivo en centro psiquiátrico o establecimiento adecuado (arts. 39 de la LOGP y 57.4 del RP), dando cuenta al Juez de Vigilancia, y pasándose inmediatamente a la instrucción del expediente previsto en la Ley Procesal Militar. Efectivamente, el art. 28.IV del nuevo RPM de 1992 dispone acertadamente la necesidad de la autorización del Juez Militar de Vigilancia, o de la autoridad de la que dependa en su caso el preventivo, para acordar el traslado de los internos a establecimientos hospitalarios (40); entendemos que la preceptividad de la autorización judicial no quita para que en casos de urgencia (art. 57.4 del RP) la Administración ordene el ingreso, aunque con la inmediata dación de cuenta a la autoridad judicial a efectos de la convalidación de la medida (41).

En cuanto a la sustanciación del incidente, el art. 365 dispone que el tribunal sentenciador ordenará que el interno sea examinado por peritos que informarán sobre su estado mental. Aunque evidentemente en este incidente la prueba fundamental para la suspensión de la ejecución es la pericia médica (art. 994 de la LECRIM), el art. 993 de la LECRIM establece la instrucción más amplia y formal sobre los hechos y el estado físico y moral del sujeto, por los mismos medios legales de prueba que se hubieran empleado si el incidente hubiera ocurrido durante el seguimiento de la causa, es decir, las mismas formalidades que las requeridas para absolver o condenar al que cometió el delito en estado de enajenación o demencia (art. 993 de la LECRIM).

---

(40) Efectivamente, el art. 57.3 del RP dispone que el ingreso del interno en un centro psiquiátrico penitenciario será acordado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a propuesta de la Junta de Régimen y Administración, dándose cuenta al Juez de Vigilancia y pasándose a instruir «caso de que proceda» el expediente al que se refieren los arts. 991 y ss. de la LECRIM, preceptos en los que no se contempla esta atribución de los órganos administrativos, y se condiciona el ingreso a la autorización judicial

(41) Podría aplicarse en este sentido el plazo de 24 horas previsto en el art. 211 del CC.

Por tanto, parece que la Ley Procesal Militar reduce la sustanciación a la práctica de la prueba pericial psiquiátrica, cuando en realidad entendemos que podrían practicarse todas las que fuesen procedentes, todos los medios legales de prueba que hubieran podido emplearse durante el seguimiento de la causa.

En cualquier caso, el art. 366 dispone la tramitación contradictoria del incidente una vez evacuado el informe pericial, pudiendo las partes (el penado asistido de abogado, el acusador particular y el Fiscal) hacer las alegaciones que estimen oportunas.

Acertadamente, y a diferencia de la LECRIM, que no se refiere a la posibilidad de recurrir el auto que resuelve el incidente, el art. 367 admite contra dicha resolución los mismos recursos que contra las sentencias definitivas en el procedimiento de que se trate.

En orden a la determinación de la competencia para la resolución de este incidente, el art. 367 de la LPM dispone que la misma corresponde al tribunal sentenciador, o en su caso al que hubiese impuesto la pena más grave si el presunto demente cumple varias condenas impuestas por diferentes tribunales militares. En cualquier caso, sería conveniente atribuir el conocimiento de esta incidencia suspensiva de la ejecución al Juez Militar de Vigilancia, porque además de tratarse de una decisión en la que no se entra a valorar elementos propios del juicio declarativo, facilitaría considerablemente los controles periódicos del enfermo, a instancia del propio Juez o del Fiscal, y porque además ello permitiría el acceso de este tipo de resoluciones al sistema de recursos contra las resoluciones de este órgano judicial, no prevista en la actualidad para los autos que fallan sobre la demencia sobrevenida.

En cuanto a los efectos de la declaración de demencia sobrevenida, el art. 364 de la LPM dispone, en el mismo sentido que el art. 82 del CP y del art. 994 de la LECRIM, la suspensión de la ejecución.

El art. 364 establece por tanto que el cumplimiento continua en la institución de internamiento del condenado declarado demente; en definitiva, que el hecho de la que la sentencia de condena no haya recogido la demencia, no impide que esta causa de inimputabilidad surja con posterioridad, con carácter sobrevenido, y que se compute el período de internamiento al cumplimiento de la pena (42).

---

(42) En este sentido, MORENO CATENA, *Derecho procesal*, op. cit., p. 748; GÓMEZ COLOMER (con CARBONELL MATEU y MENGUAL I LLUL), *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, 1987, p. 137.

B) Los arts. 368 a 374 de la LPM regulan en sede de ejecución la remisión condicional de la pena, remitiéndose en cuanto a los requisitos para su obtención a la legislación común (arts. 92 y ss. del CP y Ley de 1908) (43) y disponiendo los requisitos generales de cumplimiento de las condiciones y el ámbito subjetivo de aplicación de esta suspensión de la ejecución.

Por tanto, este aplazamiento de la actividad ejecutiva que supone la remisión condicional, puede tratarse de una condena condicional potestativa u obligatoria, es decir, que el tribunal militar sentenciador puede, bien conceder esta suspensión de la ejecución atendiendo discrecionalmente a las circunstancias del caso, y sin que su decisión esté sometida a revocación o recurso posterior de la sentencia ante tribunal superior, o bien, decretarla preceptivamente si en la sentencia se aprecian el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la existencia de la responsabilidad y si media solicitud de la parte ofendida (arts. 93 y 94 del CP).

La remisión a la legislación común establecida en el art. 368 plantea como única particularidad digna de mención el hecho de disponerse expresamente en el art. 371 de la LPM que la suspensión de la ejecución del fallo será revocada y se procederá a su ejecución cuando el penado cometa durante este período un nuevo delito, condicionando dicha revocación al momento en que recaiga sentencia condenatoria por el mismo y salvo que haya prescrito la pena suspendida.

Esta es la solución lógica que tanto la doctrina como la jurisprudencia había entendido aplicable respecto de la reincidencia delictiva como causa de revocación de la remisión condicional, en el mismo sentido que el art. 14 de la Ley de 1908, al disponer taxativamente que si antes de transcurrir el plazo de duración de la remisión (de dos a cinco años según el art. 92 del CP), el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si se cumpliera ese plazo sin ser condenado, pero posteriormente lo fuese por el hecho punible cometido durante aquél, se le obligará a que cumpla la pena suspendida salvo prescripción de la misma.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la remisión, el art. 44 del CP Militar dispone que sólo será aplicable a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos. Por su parte, el art. 374 de la LPM, ampliando más

---

(43) Ley de 17 de marzo de 1908 (Gaceta n.º 79, de 19 de marzo) y su Reglamento de aplicación, aprobado por RD de 23 de marzo de 1908 (Gaceta n.º 84, de 24 de marzo).

dicho ámbito, establece que también serán susceptibles de remisión condicional aquellas penas impuestas a los militares por la jurisdicción militar por delitos comunes. De acuerdo con estos dos preceptos, quedarían fuera de la remisión los penados militares condenados por la jurisdicción militar por un delito tipificado en el CPM.

La aplicación del art. 44 del CPM fue en un principio realizada con suma rigidez por la jurisprudencia; así, se afirmaba que la remisión era inaplicable a quien siendo militar en el momento en que ocurren los hechos, no pertenece a las Fuerzas Armadas cuando es juzgado y condenado (44). Posteriormente la interpretación se hace más flexible, dejando abierta la posibilidad de suspender el cumplimiento de la pena a quienes sean excluidos del servicio militar con posterioridad a los hechos, cuando dicha exclusión hubiera debido comportar la no incorporación del condenado a las Fuerzas Armadas (45). En parecidos términos, la interpretación de estas normas han sido objeto de otra ampliación por la Sala V del TS que, en sus sentencias de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1990, declara que la frase «reos que no pertenezcan a los ejércitos» se refiere tanto a los que en ningún momento han tenido la condición de militar, como a los que habiéndola adquirido alguna vez, por ejemplo mediante la incorporación a filas para prestar el servicio militar, no la poseen en el momento de ser penados por haber pasado a la reserva.

#### 4) La extinción de la ejecución: el licenciamiento definitivo

El licenciamiento definitivo, como forma de terminación normal del proceso de ejecución de la pena privativa de libertad, supone la liberación definitiva del penado o su excarcelación por cumplimiento total de la pena (46).

La puesta en libertad definitiva del penado requerirá la aprobación por el tribunal sentenciador según el art. 34 del RP de 1992, siendo la regla general la realización por el director del establecimiento penitenciario militar de una propuesta de licenciamiento que se formula al tribunal sen-

---

(44) En este sentido, el auto de 10 de octubre de 1984 del CSJM (en Revista General de Derecho 493-494, pp. 3256-3259).

(45) Así, la sentencia de 21 de enero de 1986 (en Revista General de Derecho 517-518, pp. 5803-5805).

(46) Se trata pues de un supuesto de excarcelación diferente del constituido por la libertad condicional, como cumplimiento extracarcelario de la privación de libertad.

tenciador para su aprobación (47). Esa propuesta administrativa en muchas ocasiones va a diferir de la pena en su día impuesta y contenida en el auto de liquidación de condena, ya que de la pena establecida en dicha resolución hay que descontar el tiempo reducido por el propio penado a través de la redención de penas por el trabajo (48).

Esta es en realidad la única operación que conlleva la aprobación judicial del licenciamiento definitivo, por lo que entendemos que sería más oportuno que el licenciamiento quedase en manos del propio Juez Militar de Vigilancia del que dependa el interno, porque, además de razones de eficacia y celeridad, lo aconseja el hecho de que no parece acertado que el tribunal sentenciador apruebe la eficacia reductora última de un beneficio antes concedido y aprobado por el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria (art. 357.3.º de la LPM).

Además, téngase en cuenta que el auto del tribunal sentenciador en principio no admite recurso alguno, posibilidad que debería ser reconocida, ya que es posible que exista desacuerdo en la reducción efectivamente realizada o de que existan errores aritméticos en la resolución (49). En este sentido, el auto aprobando el licenciamiento definitivo del Juez de Vigilancia quedaría sometido al régimen de recursos del art. 358 de la LPM.

## 5) La ejecución de medidas de seguridad

Por otra parte, al igual que sucede en la jurisdicción ordinaria, puede darse el caso de que sea susceptible de ejecución una sentencia absolutoria por motivos de inimputabilidad, ya que el art. 156.II, segunda de la LPM, permite al tribunal militar la aplicación de los arts. 8 y 9 del CP en este sentido. Se trata de la ejecución de auténticas medidas de seguridad de internamiento, impuestas en la sentencia por apreciación de eximente completa o incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio. El cumplimiento de estas medidas viene regulado en el art. 354 de la LPM, que esta-

---

(47) Salvo que se trate de penas de duración inferior al año y no tenga que descontarse el tiempo redimido por el trabajo (art. 34.I del RPM).

(48) Aunque el art. 34 se refiere al abono del tiempo reducido por beneficios penitenciarios, en realidad tal reducción sólo la opera la redención de penas por el trabajo; así, el adelantamiento de la libertad condicional no es un beneficio reductor de la condena, sino una modificación de régimen de cumplimiento (art. 256 del RP de 1981).

(49) Reforma o súplica ante el mismo órgano o el superior, por aplicación de las reglas generales de la LECRIM, sin perjuicio del posible planteamiento de aclaración o rectificación (art. 267 de la LOPJ); v. MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, op. cit., p. 764.



blece las condiciones del internamiento en centro adecuado y la obligatoriedad de que el tribunal recabe cada seis meses del establecimiento psiquiátrico u hospitalario informe sobre la situación clínica del enfermo.

Sin embargo, aunque es digna de elogio la obligatoriedad de la revisión judicial, regular y adecuada, de la situación del enajenado, ya puesta de manifiesto por la Fiscalía General del Estado (Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre) y por la STC 112/1988, de 8 de junio, siguen siendo problemáticas algunas cuestiones sobre la duración de estos internamientos y sobre la procedencia de los mismos.

En este sentido, los internamientos decretados no tienen en principio límite máximo de duración, lo que en principio puede ser razonable teniendo en cuenta que estas medidas dependen de la propia evolución médica del individuo, y de ahí su indeterminación. Ahora bien, cualquier internamiento en estos centros dependen, o bien de la existencia de peligrosidad criminal, o de la continuación de la enfermedad, en cuyo caso lo que procede es la iniciación de un procedimiento civil de incapacitación a instancia del Fiscal o de cualquier otro de los legitimados para ello (arts. 203 y ss. del CC) (50).

Entendemos en cualquier caso, que las atribuciones sobre la ejecución de estas medidas deben quedar en manos de los tribunales sentenciadores. Efectivamente, aunque el art. 94.1 de la LOPJ atribuye expresamente a los Jueces de Vigilancia «las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad», ni la LOGP ni la LPM hacen idéntica consideración; cualquier incidente tendente al cese de la medida no es realmente un incidente de la ejecución, sino de aplicación de la propia medida, en el sentido de que mientras en la pena existen dos fases delimitadas, la de imposición, declaración o cognición, y la de ejecución, en la medida de internamiento a la que se refiere el art. 354 de la LPM, esta distinción se diluye, y es difícil separar la imposición de la ejecución, ya que en realidad el control sobre el internamiento depende de circunstancias referidas a la responsabilidad criminal, lo que en la pena ya no se discute en fase de ejecución.

---

(50) Esta es la solución por la que se ha optado en el Proyecto de CP de 1992, en cuyas enmiendas a los arts 97, 108 y DA 1.<sup>a</sup> (enmiendas núms. 10, 949 y 510) proponen que si el internamiento en estos casos se prolonga más de un año, deberá instarse la incapacitación civil. En parecidos términos, la ya citada STC 112/1988, de 8 de junio. Más ampliamente, sobre la ejecución de las medidas de seguridad, v. mi trabajo *La ejecución...*, op. cit., pp. 218 y ss.

Por tanto, las atribuciones que la LOPJ realiza sobre estas medidas en favor del Juez de Vigilancia, entendemos que vienen referidas no a los aspectos de su ejecución, que continúan encomendados al tribunal sentenciador, sino a los aspectos relativos al régimen administrativo del internamiento, es decir, atribuciones encaminadas a controlar la legalidad de la actividad administrativa en las actividades regimentales y a salvaguardar los derechos del interno dentro de ese establecimiento psiquiátrico.

#### 6) El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tribunal militar sentenciador

El Juez de Vigilancia Penitenciaria Militar despliega su actuación exclusivamente en los establecimientos penitenciarios militares, en relación con los penados e internos reclusos en los mismos.

De los arts. 42 del CP Militar y 348 de la Ley Procesal Militar puede entenderse que se cumplirán en establecimiento penitenciario militar las penas privativas de libertad impuestas a militares por delitos tipificados en el CP Militar y, además, aquéllas impuestas por delitos comunes que no conlleven la baja en las Fuerzas Armadas (51).

Los militares condenados por delito común y dados de baja en las Fuerzas Armadas como consecuencia de la condena, cumplirán ésta en establecimientos penitenciarios comunes (52).

En el primer caso, preceptúa el art. 348 de la LPM que la ejecución se realizará de acuerdo a dicha Ley Orgánica y al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que se inspirará en los principios de la

---

(51) En este sentido, el militar puede ser condenado por la Jurisdicción Militar tanto por un delito tipificado en el CP Militar como por un delito común, ya que como establecen los arts 12 y 14 de la LO 4/87, la jurisdicción militar será competente en tiempo de paz para conocer de los delitos incluidos en el CP Militar, salvo en los supuestos de conexidad en los que conocerá la jurisdicción a qué esté atribuido el delito que tenga señalada legalmente pena más grave. Incluso en los casos en los que los hechos sean susceptibles de ser calificados con arreglo al CP común además de en el militar, conocerá la jurisdicción militar aplicando el primero si con arreglo al mismo corresponde pena más grave.

(52) Con arreglo a los arts. 350 a 352 de la LPM, para el cumplimiento de las penas privativas de libertad que deban cumplirse en establecimientos militares, el Tribunal solicitará del Ministerio de Defensa la designación del centro correspondiente, salvo que queden menos de dos meses para la extinción de la condena, en cuyo caso permanecerá en el centro en el que se encuentre. Cuando las penas deban cumplirse en establecimiento común, el sentenciado será puesto a disposición de la Administración Penitenciaria, que informará del centro donde se encuentre y a la que se le remitirá la documentación precisa.

LOGP. En el segundo supuesto la ejecución se realizará con la duración y régimen de cumplimiento previstos en la legislación común.

Ahora bien, habría que cuestionarse si en estos casos de condena por la jurisdicción militar y ejecución realizada bajo la supervisión de la jurisdicción ordinaria (tales serían los casos señalados anteriormente respecto de militares, pero existiendo también supuestos en los que podrían verse afectados paisanos o particulares) (53), no pueden plantearse peculiaridades en relación con determinados aspectos de la ejecución en sí misma considerada.

Este tipo de reclusos quedarían sometidos a las mismas incidencias y al mismo régimen de ejecución del recluso común condenado por la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, en relación con aquellas incidencias que impliquen una actividad decisora del tribunal sentenciador, este órgano será el que haya decidido en la jurisdicción militar, y dichos incidentes se resolverán con arreglo a la Ley Procesal Militar y al CP Militar. De esta manera, aunque en relación con las cuestiones de régimen penitenciario el recluso estaría sometido a las mismas prescripciones que el recluso común, en relación con los incidentes relativos a la ejecución en sentido estricto se puede plantear un doble sometimiento a la jurisdicción militar y a la ordinaria, dependiendo de la autoridad judicial que sea la competente para conocer del tema.

El sujeto condenado por la jurisdicción militar que tenga que cumplir condena en establecimiento común, bien por no ser militar o bien por haber perdido tal condición como consecuencia de la propia condena, estará sometido en la ejecución tanto al Tribunal Militar encargado de la ejecución como al Juez de Vigilancia Penitenciaria ordinario. Efectivamente, a pesar de que el art. 348, I de la LPM, al referirse a los supuestos de cumplimiento en establecimiento ordinario, habla del cumplimiento de la condena con arreglo a la legislación penal y penitenciaria común, lo cierto es que determinadas incidencias ejecutivas como la demencia sobrevenida o el licenciamiento definitivo no se realizarán con arreglo a la LECRIM, el CP y la LOGP y su Reglamento, sino con arreglo a la LPM (a pesar de la aplicabilidad supletoria de las normas referidas), y no serán decididas por el Juez de Vigilancia o por otro órgano de la jurisdicción ordinaria sino por el tribunal militar sentenciador.

---

(53) Tales serían los casos de delitos cometidos en estado de sitio (arts. 21.2 de la LO 4/87 y 35 de la LO 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio —BOE n.º 134, de 5 de junio—), delitos conexos (art. 14 de la LO 4/87) o tipificación conjunta del delito en el CP y en el CP Militar y atribución de la competencia a la Jurisdicción Militar (art. 12.1 de la LO 4/87).

## V. COMPETENCIAS DEL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Las concretas funciones del Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria aparecen contenidas en el art. 357 de la LPM que, reproduciendo casi en su totalidad el art. 76 de la LOGP, contiene la enumeración de las principales atribuciones de este órgano judicial (54).

En este punto, y dada la similitud de ambas regulaciones, nos limitamos a señalar las particularidades más relevantes del ámbito competencial del Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria.

El art. 357.I dispone que las funciones del Juez de Vigilancia serán ejercidas respecto de todos los internos que cumplan pena en establecimiento penitenciario militar. Hubiera sido más correcto utilizar la expresión «internos y penados» o, como hace el art. 76.1 de la LOGP, no realizar mención alguna de carácter genérico al ámbito personal del Juez, sino concretarlo en relación con cada específica competencia o atribución, como posteriormente también hace el art. 357 de la LPM.

### 1. *La libertad condicional*

En relación con la resolución de propuestas de concesión y revocación de la libertad condicional (art. 357.2.º) (55), el art. 29.2 del RPM remite al art. 98 del CP en orden a los presupuestos para la concesión. La única cuestión diferenciadora que merecía hasta la actualidad ser resaltada era la falta de previsión en el régimen militar de los supuestos especiales para la concesión de la libertad condicional, consistentes en la exención del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena por los penados septuagenarios (art. 60 del RP). No existiendo en este punto una especial contradicción entre esta excepción a los requisitos generales y la especial estructura de las Fuerzas Armadas (art. 348.II de la LPM), se venía en-

---

(54) Se ha afirmado así que el Juez de Vigilancia Militar es una «reproducción fiel del Juez de Vigilancia Penitenciaria común». Ver LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, p. 391.

Para una más correcta y completa comprensión de las referencias a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la jurisdicción ordinaria, v. mi trabajo, *La ejecución...*, pp. 235 y ss.

(55) Las referencias del art. 87.3 del Reglamento de 1978 a la autoridad judicial para la complementación del expediente, debían entenderse hechas al Juez de Vigilancia, al igual que la del art. 90.1.º sobre la revocación de la misma, atribuida al Ministerio de Defensa. Ver los arts. 29 y ss. del nuevo RPM de 1992.

tendiendo que esta regla era aplicable en el ámbito de la jurisdicción castrense.

El Tribunal Supremo afirmó que «la simultánea vigencia del RP y del REPM en los establecimientos ordinarios y militares respectivamente no es óbice sin embargo, para que, en los casos en que proceda, se aplique en los establecimientos penitenciarios militares una norma beneficiosa para los penados que, estando prevista en el RP, no aparezca en el REPM, siempre que su ratio sea en todo ajena a la que fundamenta la especialidad del ordenamiento castrense, porque en tal caso, ausente una justificación racional y objetiva, la desigualdad tendría que ser calificada de discriminatoria y vulnerante, por ende, del principio constitucional de igualdad». Más adelante, continúa el citado auto afirmando que «aún siendo cierto que el Derecho Penal Militar, en términos generales, incorpora una nota de mayor severidad, seguramente demandada por un principio de ejemplaridad plenamente congruente con la trascendencia que la disciplina tiene para el mantenimiento de un Ejército cohesionado y eficaz, no lo es menos que dicha severidad no puede llevarse a límites que pugnen con las exigencias de la dignidad humana» (56). Así, definitivamente ha sido incorporada en el art. 31 del RPM de 1992.

## 2. *Los beneficios penitenciarios*

En relación con las propuestas sobre beneficios penitenciarios que pueden suponer acortamiento de condena, en el ámbito militar sólo regía hasta ahora la redención de penas por el trabajo, incorporada a la Jurisdicción Militar por Decreto Ley de 1 de febrero de 1952. El RPM de 1992 (RD 1396/92) ha incluido también el adelantamiento de la libertad condicional (art. 24).

En cuanto a la redención, las diferencias en esta institución eran notables, básicamente porque en el ámbito militar el trabajo tenía una consideración ciertamente aflictiva y se aplicaba, a diferencia de la legislación

---

(56) En este sentido se manifestó la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo en Auto de 19 de agosto de 1988 (cit. por JIMÉNEZ VILLAREJO, «El cumplimiento de las penas privativas de libertad en el ámbito militar», en *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario. III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. 9, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 259), en el que resolviendo un recurso de apelación interpuesto contra una resolución del Juez Togado Militar, en función de Juez de Vigilancia, se denegó la aplicación del art. 60 del RP.

común, como una medida de naturaleza correctora (art. 78.1 del REPM de 1978). La DT segunda del nuevo del RPM de 1992 remite en este sentido a lo dispuesto en el art. 100 del CP y a la LOGP para la concesión del beneficio.

La equiparación en este punto entre reclusos ordinarios y reclusos penados por la jurisdicción militar, ha sido objeto de análisis recientemente por el Tribunal Constitucional.

Efectivamente, el Decreto-Ley de 1952, antes citado, fue modificado por la Ley 175/1965, de 21 de diciembre, adaptándolo a la reforma sufrida por el art. 100 del CP tras la publicación del texto revisado de 1963, incluyéndose las penas superiores al arresto mayor y continuando excluidas las penas impuestas por delitos militares, a los que no se aplicaba la redención por razones de mantenimiento de la disciplina. La condena no superior a tres años se cumpliría sin reducción alguna por quienes iban a integrarse a los Ejércitos. La reforma operada por la LO 8/83, de 25 de junio, determinó la inmediata aplicabilidad de la extensión del beneficio de la redención al ámbito militar, manteniéndose la exclusión en cuanto a las penas de hasta tres años de privación de libertad impuestas por delitos militares.

En este sentido, la STC 72/1994, de 3 de marzo, en concordancia con el art. 14 de la CE, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso final del art. 1.a) del Decreto-Ley de 1952; es decir, la referencia a la imposibilidad de redimir penas por el trabajo a los penados que deben cumplir condena en establecimientos militares, por delitos definidos en el CJM, cuando no produzcan la salida definitiva de los Ejércitos.

El TC, sin prescindir de la necesidad y oportunidad de esos rasgos organizatorios específicos de las Fuerzas Armadas, que justifican a veces las peculiaridades y diferencias de trato en relación a los destinatarios del régimen penitenciario militar, estima que en el caso en cuestión el rasgo diferencial que concurre es que el colectivo excluido de este beneficio de la redención conserven la condición de militares; es decir, a estos sujetos no se les ha impuesto la pena de separación del servicio. Esta diferenciación excluyente de trato, que recae en definitiva en el cómputo de la pena, no tiene justificación en relación con la medida y los fines perseguidos por ella. Es decir, el valor disciplinario militar no puede ser el elemento justificativo de esta excepción (57).

---

(57) Como se afirma en el Fj 6.º de la STC 72/1994, no se considera aceptable esta excepción, teniendo en cuenta que el propio legislador ha proyectado esta exclusión del beneficio sobre penados que tras el cumplimiento de la condena volverán al servicio; y, al mismo tiempo, no ha tenido inconveniente en conceder tal beneficio a los penados por

Queda claro, por tanto, a la luz del nuevo régimen penitenciario militar de 1992 y de las propias consideraciones del TC, que las peculiaridades, también en materia de beneficios penitenciarios, derivan de razones puramente organizatorias del sistema militar, que en cualquier caso deben ser interpretadas de acuerdo con los principios generales del sistema penitenciario, establecidos el art. 25 de la CE, y con la primacía del principio de igualdad del art. 14, también del texto constitucional.

Los requisitos y presupuestos son los mismos que los establecidos en la legislación común, extendiendo el beneficio sus efectos sobre la prisión provisional y con las mismas condiciones de inhabilitación para redimir o revocación del beneficio.

### 3. *El régimen disciplinario*

En cuanto al régimen disciplinario, el art. 348.II de la LPM, al establecer la aplicabilidad de los principios de la LOGP al cumplimiento de penas militares, establece la especial «observancia en todo caso de las sanciones previstas en los cinco primeros apartados del art. 42 de dicha Ley», con lo que se suavizan considerablemente las sanciones a imponer en el régimen penitenciario castrense (58). Los núms. 4.º y 5.º del art. 357 de la LPM establecen idénticas competencias para el Juez de Vigilancia que los apartados e) y d) de la art. 76.2 de la LOGP (59), es decir, la aprobación de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a los 14 días y la resolución por vía de recurso de las reclamaciones que se formulen sobre sanciones disciplinarias; y, por último, el art. 20.III del RPM remite al RP en orden al procedimiento sancionador (arts. 129 y ss. del RP de 1981).

Este régimen disciplinario se apoya principalmente en la que denominábamos relación penitenciaria de sujeción o supremacía especial, de la

---

delito que han tenido entidad suficiente para provocar la expulsión de las Fuerzas Armadas. En suma, no puede vincularse el goce del beneficio de la redención a la pena de expulsión de los Ejércitos, y su no imposición no puede ser criterio determinante que justifique el endurecimiento del régimen penitenciario.

(58) Así, por ejemplo, respecto de a sanción de aislamiento, inicialmente regulada en el art. 69.2.º y 3.º del REPM, posteriormente modificado por el apartado 8. de la IPM (OM 45/87), que podía extenderse hasta 40 días, en la actualidad queda circunscrita a los límites temporales ordinarios de 14 días.

(59) El procedimiento para la imposición de faltas leves venía hasta ahora contenido en el art. 67 del REPM; para faltas graves y muy graves, el apartado 9. de la IPM se remitía supletoriamente a la LPA, estableciendo trámites muy parecidos al RP, cuerpo normativo al que se remite en su totalidad el art. 20 del RP Militar de 1992.

cual es quizás una de sus manifestaciones más importantes, sin perjuicio de que entendamos también que la potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria debe ser interpretada con arreglo al art. 25 de la CE. En este sentido, es necesario propugnar que las infracciones penitenciarias de los internos vengan tipificadas en la ley, lo que en la actualidad no es así, ya que el art. 42.1 de la LOGP, al que se remite el RPM, encomienda a la vía reglamentaria la tipificación de infracciones, en contra además de lo que dispone el art. 129.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (60).

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el comportamiento del interno constituya, no sólo infracción disciplinaria a corregir por las autoridades penitenciarias, sino también constitutivo de represión penal u objeto de otra sanción disciplinaria. Los condicionamientos o límites del principio «non bis in idem» no rigen con la misma amplitud en el ámbito de las relaciones de sujeción especial; y en este sentido, el art. 20.II del RPM dispone, en términos parecidos a los arts. 119 y 104, párrf. 3.º del RP de 1981, que las sanciones impuestas en vía disciplinaria penitenciaria lo será sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que, en su caso, pudiera corresponder y de la responsabilidad disciplinaria militar, siempre que esta última sea compatible.

Por tanto, la comisión de una falta disciplinaria que presuntamente pudiera constituir delito, será puesta en conocimiento de la autoridad judicial competente por la Junta o por el Director del centro que se encargue de incoar el procedimiento sancionador. Así pues, no siempre se suspende el procedimiento disciplinario ni la ejecutoriedad de la sanción, cuando se incoe proceso penal por esos hechos; ni tampoco sería acertado considerar que en cualquier caso la vía penal tendría efecto devolutivo absoluto en relación con la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

#### 4. *Los permisos penitenciarios*

El art. 25 del RPM de 1992 establece dos tipos de permisos penitenciarios; en primer lugar, el permiso extraordinario, previsto fundamental-

---

(60) Por tanto la relación de sujeción en su manifestación de potestad sancionadora de la Administración penitenciaria (la Junta de Régimen y el director del centro), no impide que la graduación de infracciones disciplinarias queden fuera de las exigencias derivadas del principio de legalidad; v. GARCÍA MACHO, *Las relaciones...*, op cit., p.210.



mente en función de motivos humanitarios tales como fallecimiento de familiares, nacimiento de hijos, etc. La concesión de estos permisos viene prevista, al igual que en el art. 47.1 de la LOGP, en relación con todo tipo de internos, preventivos y penados, independientemente del grado penitenciario de clasificación en el que se encuentren, recayendo la autorización en el Juez de Vigilancia para los internos clasificados en primer grado.

En segundo lugar, se refiere el citado precepto a los permisos que pueden concederse a los internos clasificados en segundo y en tercer grado o régimen abierto, los que en la legislación común se denominan permisos especiales (arts. 47.2 de la LOGP y 254.2 del RP). Por tanto, no se contempla en la legislación penitenciaria militar los permisos ordinarios para los internos en régimen abierto, es decir, los denominados permisos de fin de semana que, en la jurisdicción ordinaria quedaban fuera de la aprobación judicial aunque superasen los dos días de duración; además, y lo más importante, no excluye de la autorización judicial los permisos de este tipo de internos en régimen abierto.

Esa es la razón además de la diferencia entre el art. 76.2.j de la LOGP y el art. 357 .8.º de la LPM: mientras en el primer precepto se habla de la autorización de los permisos por el Juez de Vigilancia, salvo los concedidos a los internos en tercer grado, en el segundo, acertadamente, todos los permisos, independientemente del tipo de clasificación que superen los dos días, se autorizan por el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria.

## 5. *La clasificación penitenciaria*

A diferencia del art. 76.2 de la LOGP, en el art. 357 de la LPM no se hace referencia alguna a las competencias del Juez de Vigilancia en cuanto a los recursos contra las clasificaciones del penado y su pase a régimen cerrado. Con anterioridad al RPM de 1992, y salvo la libertad condicional, que supone la excarcelación del penado, la clasificación no tenía trascendencia judicial en el ámbito castrense (arts. 77 y ss. del REPM), basado en un sistema progresivo que constaba de cuatro períodos, el último de los cuales era la libertad condicional, produciéndose el paso de un grado a otro por el simple cumplimiento cronológico de los períodos.

El RD 1396/92, establece la individualización científica y la división en grados en el ámbito de la ejecución castrense, innovación que entendemos debería en su caso quedar recogida en la Ley Procesal Militar (art. 357) en orden a posibilitar las competencias del Juez de Vigilancia en estas

materias; a partir de ahora las atribuciones del Juez de Vigilancia en este tema quedan recogidas a nivel reglamentario, disponiendo el art. 15 del RD 1396/92 que todos los acuerdos sobre clasificaciones son recurribles ante el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria, competencia no prevista en el art. 357 de la Ley Procesal Militar, aunque de nuevo debemos entender que la asunción de esta competencia cuenta con el respaldo legal del propio art. 76 de la LOGP.

En este sentido, cabe resaltar en primer lugar que el art. 15 del RPM, que atribuye el pase de un grado a otro al director del establecimiento penitenciario, contraría abiertamente lo dispuesto en el art. 76.2.j) de la LOGP, que fija la competencia del Juez de Vigilancia para conocer del paso a primer grado del recluso, a propuesta del Director del centro.

Partiendo de lo preceptuado en el art. 348.II de la LPM, las previsiones de las normas reglamentarias militares no pueden contradecir lo dispuesto en la legislación penitenciaria común ni suponer un trato más desfavorable para el recluso militar sin justificación aparente alguna; en estas circunstancias, el citado precepto dispone la aplicación de la legislación reglamentaria militar cuando la exija «la especial estructura» de las Fuerzas Armadas. En este caso, cabe preguntarse si está justificado que el primer grado no sea decidido por el Juez Militar de Vigilancia, y si el RPM puede despojar de esta atribución a esta autoridad judicial y regular la competencia en esta materia relativa al régimen cerrado.

En este sentido, le hemos venido asignando a la clasificación el carácter de alteración del contenido aflictivo de la condena, de manera que consideramos que la decisión sobre clasificación inicial, regresión o progresión de grado debería quedar en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no siendo suficiente con que el Juez conozca de estas clasificaciones por vía de recurso contra decisiones administrativas. Esta situación, especialmente trascendente en lo que hace al régimen abierto como sistema de excarcelación parcial que queda fuera de las atribuciones judiciales sobre la ejecución, se agrava en el ámbito de la clasificación en establecimientos militares, en los que además el Juez de Vigilancia parece que pierde su competencia para acordar el paso a primer grado o régimen cerrado.

La aplicación de este régimen extraordinario que rige en los centros de carácter cerrado (arts. 7 y 10. 2 de la LOGP), previsto para internos calificados de máxima peligrosidad o inadaptación al régimen ordinario, debe pues ser decidido por la autoridad judicial competente, el Juez de Vigilancia o en su caso la autoridad de la que dependa el preventivo.

La especial consideración de la estructura carcelaria militar no justifica

que la decisión deba ser administrativa, teniendo en cuenta además que comportamientos peligrosos o violentos pueden ser perfectamente reprimidos con la necesaria urgencia a través de las correspondientes medidas coercitivas previstas en la legislación común (61).

Por otra parte, en relación con el preso preventivo, el art. 12 del RPM permite también su destino a régimen cerrado. No es nueva en la doctrina la oposición a la aplicabilidad del régimen cerrado al preventivo, fundamentalmente en aras del principio de presunción de inocencia, ya que el régimen cerrado supone una limitación de actividades y un mayor control que afecta mas intensamente a dicha presunción e incluso al propio objeto y finalidad de tener al interno a disposición de la autoridad judicial (62).

Entendemos sin embargo que la excepcionalidad del régimen cerrado convive adecuadamente con la finalidad de la prisión provisional; claro está, siempre que esta manifestación represora sobre el preso venga inspirada en lo dispuesto en el art. 525 de la LECRIM, que preceptúa que no se adoptarán sobre el preso medidas extraordinarias de seguridad sino en caso de desobediencia, violencia, rebelión o fuga. Por tanto, el régimen cerrado tiene en relación con el preventivo carácter puramente disciplinario, y no es una clasificación en sentido estricto.

## 6. Régimen de comunicaciones y visitas

En relación con el régimen común previsto en los arts. 51 a 53 de la LOGP y 89 a 103 del RP, el art. 19 del RPM establece además de la remisión a la legislación común, una serie de particularidades propias, siendo la fundamental la constituida por el régimen de comunicaciones con letrados y procuradores, en relación con la cual, el apartado 4.º dispone que «podrán ser suspendidas o interrumpidas cuando lo exija una situación extraordinaria de seguridad del establecimiento».

Con arreglo al art. 51.2 de la LOGP, y como manifestación del derecho de defensa, se dispone que los internos serán autorizados a comunicar con abogados y procuradores, no pudiendo intervenir o suspenderse esta comunicación salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos

---

(61) Arts. 45 de la LOGP y 123 del RP.

(62) V. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA, «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980 p. 397; GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 166 y 167.

de terrorismo. Al respecto, consideramos que, además de otros problemas que plantea el precepto, al menos supedita la interrupción, suspensión o intervención a una autorización judicial y no, como en el art. 19.4.º del RPM, a una decisión puramente administrativa. Por tanto, hay que postular que la comunicación con el letrado sólo puede ser limitada por la autoridad judicial, independientemente de que se trate de penado o preventivo, como fiel expresión del derecho de defensa del art. 24.2 de la CE.

## VI. EL SISTEMA DE RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ MILITAR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Las diferencias respecto del régimen de recursos en materia de vigilancia penitenciaria en el ámbito castrense (art. 358 de la LPM) y la DA 5.ª de la LOPJ son notables, presentándose ventajas e inconvenientes.

En primer lugar, no existe diferencia alguna entre materias de régimen y de ejecución en sentido estricto, sino que todas las resoluciones del Juez Militar de Vigilancia están sometidas al mismo régimen del recurso devolutivo de apelación y, en su caso, queja por inadmisión de la misma, independientemente además de que dicha resolución judicial haya sido dictada en primera instancia o en vía de recurso, existiendo pues la posibilidad de recurrir resoluciones en materia de sanciones disciplinarias (art. 357.5.º de la LPM) (63).

Por tanto, los autos del Juez Militar de Vigilancia dictados al amparo del art. 357.5.º de la LPM resolviendo recursos contra sanciones disciplinarias, cuya tramitación es muy similar a la establecida en el RP, son recurribles en apelación, mientras en la DA 5.ª de la LOPJ se limita, acertadamente, el recurso devolutivo en estos casos. Efectivamente, cuando el Juez de Vigilancia actúa resolviendo recursos contra resoluciones administrativas, no parece oportuno que contra sus autos exista otro recurso devolutivo.

---

(63) La DA 5.ª de la LOPJ dispone un sistema de recursos diferente para las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de régimen y en materia de ejecución. En relación con las primeras, admite el recurso de apelación siempre que no se trate de resoluciones dictadas resolviendo un recurso de apelación contra una resolución administrativa. Respecto de las resoluciones dictadas en materia de ejecución, dispone la apelación siempre que no se trate de auto resolviendo apelación contra resolución administrativa que no se refiere a la clasificación. Sobre las deficiencias del sistema de recursos en la ejecución penal ordinaria, puede consultarse mi obra *La ejecución...*, op. cit., pp. 383 y ss.

El recurso se interpone ante el Juez de Vigilancia, que se pronunciará sobre su admisibilidad mediante auto, estando legitimados para ello el interno y el Fiscal Jurídico Militar del Tribunal sentenciador.

El recurso se resuelve por el Tribunal Militar encargado de la ejecución de la sentencia. Alguna reflexión merece el art. 358 en este sentido.

Efectivamente, el art. 339 de la LPM, desarrollando la competencia funcional en materia de ejecución penal castrense, dispone que el órgano encargado de la ejecución será el que haya conocido en primera o única instancia, salvo que se trate del TS o del TMC, que podrán, según el art. 342, encomendar la ejecución al Tribunal Militar Territorial donde se deba cumplir la sentencia (64).

Ambos preceptos, aunque siempre vienen referidos al mismo órgano judicial, el Tribunal Militar Territorial, que normalmente es el órgano sentenciador, se refieren territorialmente a órganos diferentes. Así, por ejemplo, respecto del militar condenado por el Tribunal Territorial 3.º, con sede en Barcelona, y destinado para el cumplimiento de la condena al establecimiento penitenciario militar de Madrid, el órgano competente para la ejecución y al que queda atribuida la competencia para conocer de los recursos de apelación contra los autos del Juez de Vigilancia Militar será el Tribunal Militar de Barcelona. Sin embargo, cuando el Tribunal sentenciador es el Tribunal Supremo o el TMC, y en el mismo supuesto el condenado es trasladado para el cumplimiento al centro carcelario de Madrid, el órgano competente para la ejecución y para el conocimiento de dichos recursos será el Tribunal Militar Territorial de Madrid, con lo que evidentemente se gana en inmediación y rapidez. La regla lógica, en el mismo sentido que la DA 5.ª de la LOPJ respecto de la Audiencia Provincial, hubiera sido que ambos penados hubieran dependido a estos efectos del mismo Tribunal Militar, es decir, del Tribunal Militar Territorial que corresponda en función de la ubicación del establecimiento penitenciario.

A diferencia de la DA 5.ª de la LOPJ, que no hace mención alguna sobre el posible efecto suspensivo de estos recursos, acertadamente el art. 358.III de la LPM prevé como regla general la ejecutividad inmediata de las resoluciones del Juez Militar de Vigilancia, con las excepciones cons-

---

(64) En el mismo sentido que el art. 987 de la LECRIM, el art. 343 de la Ley Procesal Militar dispone que cuando el Tribunal no pueda practicar por sí mismo todas las actuaciones necesarias, comisionará al Juez Togado de la demarcación territorial del lugar en que deba cumplimentarse, para que las practique, quien dará inmediata cuenta de dicho cumplimiento, remitiendo el original de la actuación para su unión al procedimiento.

tituidas por los autos dictados en materia de libertad condicional (art. 357.2.º) y en materia de concesión de permisos de duración superior a los dos días (art. 357.8.º). Si lo que se pretende con la limitación del efecto suspensivo es evitar la excarcelación del penado o interno antes de la firmeza de la resolución, debería haberse matizado más en relación con la libertad condicional respecto de los casos en los que el auto del Juez de Vigilancia venga referido a su revocación, ya que en estos casos, la suspensión de los efectos de dicha resolución judicial supone la permanencia del interno en situación de efectiva excarcelación.

Aunque el art. 358 no dice nada al respecto, debe entenderse que los recursos establecidos por dicho precepto se someten al régimen general de la apelación de los arts. 261 y ss. de la LPM.

## **2. NOTAS**

## LA LIBRE DESIGNACION EN LA PROVISION DE DESTINOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

Pedro Escribano Testaut  
*Capitán Auditor*

### SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. ANTIGÜEDAD, CONCURSO DE MERITOS Y LIBRE DESIGNACION COMO SISTEMAS DE PROVISION DE VACANTES.—III. LIBRE DESIGNACION, ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD.—IV. LOS ARTICULOS 23.2 Y 103.3 DE LA CONSTITUCION: SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA.—V. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACION DE LA CARRERA MILITAR, Y SU REPERCUSION EN LA NORMATIVA DE PROVISION DE DESTINOS.—VI. LA LIBRE DESIGNACION EN LA LEY 17/89 Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO.—VII. PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROVISION DE VACANTES.

### I. INTRODUCCIÓN

«Desde el punto en que el empleado debe su puesto no a la ley ni a la capacidad ni a los méritos ni a ninguna otra regla segura y fija, sino al personal influjo, es consecuencia lógica y natural que los expedientes y asuntos de su incumbencia hayan también de decidirse más por el favor y la recomendación que por la justicia y la ley». Estas frases fueron escritas hace más de cien años (1), pero conservan plena actualidad porque reflejan un problema siempre latente en cualquier organización administrativa, en cuanto hacen referencia a las distorsiones que inevitablemente surgen cuando la selección de los empleados públicos, y el posterior desarrollo de su carrera administrativa, no se guían por el criterio de la cualificación profesional (por el mérito y la capacidad), sino por la identificación política o la amistad personal.

---

(1) Su autor parece ser Lorenzo Domínguez, y están contenidas en su obra «La cuestión de los empleos públicos en España», publicada en 1875. Vid. Nieto, A.: «La burocracia (I. El pensamiento burocrático)»; Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pág. 236.



La historia nos enseña que los actuales sistemas de ordenación de la función pública surgieron como intentos de superación del clientelismo político, porque ya en el siglo XIX se advertía, y hoy es algo comunmente aceptado, que para atender eficazmente las complejas tareas que ha asumido la Administración en nuestros días «no es suficiente con que los servidores públicos se identifiquen con la ideología política del Partido que llega al Gobierno tras una victoria electoral. Hacen falta capacidades técnicas y gestoras cada vez más elevadas y el entusiasmo militante no puede suplir a la preparación profesional que da la dedicación profesional al servicio público» (2). La existencia de una función pública profesional es hoy en día un elemento esencial en la configuración de las Administraciones Públicas.

La opción por un sistema de función pública profesionalizada implica una opción por el mérito y la capacidad como criterios vertebradores de la carrera administrativa. Por eso se ha señalado que «cuando la legitimidad para el desempeño de los puestos reside en la confianza, esa confianza tiene un fundamento subjetivo y ha de apreciarse libremente por quien efectúa el nombramiento. Pero si lo que legitima el nombramiento es la aptitud profesional, debe garantizarse que sean los más capaces —y no los más afines— quienes ocupen los puestos y han de establecerse reglas que protejan el interés público frente a cualquier clase de favoritismo» (3).

## II. ANTIGÜEDAD, CONCURSO DE MÉRITOS Y LIBRE DESIGNACIÓN COMO SISTEMAS DE PROVISIÓN DE VACANTES

La evolución de la legislación sobre función pública nos muestra una creciente preocupación por desterrar cualquier procedimiento de selección y desarrollo de la carrera administrativa que pueda facilitar el reclutamiento para un puesto de trabajo no de los más idóneos, sino de los que gozan del favor personal de la Autoridad competente para efectuar la designación. Por esta razón, hoy en día las normas de provisión de destinos priman sistemas como la antigüedad o el concurso de méritos (sistemas generales) frente a la libre designación (sistema excepcional), por el margen de dis-

---

(2) Gutiérrez Reñón, A.: «Función del Cuerpo en un sistema de carrera», Revista vasca de Administración Pública (RVAP), núm. 26, pág. 84.

(3) Gutiérrez Reñón, A.: «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas»; Documentación administrativa (DA), núm. 210-211, pág. 64.

crecionalidad que es inherente a este último, a menudo difícil de compatibilizar con las garantías jurídicas que se quieren predicar del conjunto de la carrera administrativa. El sistema de antigüedad en la provisión de vacantes surgió precisamente como una garantía para los funcionarios de nivel inferior frente a la arbitrariedad de los poderosos (4).

En principio, pudiera pensarse que en una Administración profesionalizada (en la que debe atenderse exclusivamente al dato objetivo de los méritos profesionales de los funcionarios) los sistemas de antigüedad y concurso de méritos serían suficientes para garantizar una correcta provisión de todos los puestos de trabajo de la estructura administrativa.

Pero esta es una conclusión demasiado apresurada. Ciertamente, la Administración es, ante todo, en los Estados democráticos, un instrumento a través del cual el Gobierno, sustentado en la confianza del Parlamento, desarrolla su política legislativa, y como tal instrumento no tiene legitimación para desobedecer o alterar las líneas políticas por las que los ciudadanos han optado. De ahí surge, precisamente, la separación entre el nivel político y el nivel administrativo, la exigencia de neutralidad política para los funcionarios, y la correlativa exigencia, para los Poderes Públicos, de garantizar la profesionalización de la carrera administrativa (5). Ahora bien, siendo esto cierto, no es menos cierto que la separación señalada entre el nivel político y el nivel administrativo dista mucho de ser tajante, y entre uno y otro nivel existe una zona intermedia, de perfiles borrosos, que participa de las características de ambos, zona que determina y delimita el «techo» de la carrera administrativa.

Es esta una cuestión siempre sometida a debate. Ante todo, porque no existe acuerdo acerca de dónde debe situarse la frontera entre lo político y

---

(4) En este sentido, durante la tramitación parlamentaria de la ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, el portavoz del Grupo Socialista en la Comisión de Defensa del Congreso, señor Busquets, señalaba respecto del sistema de antigüedad que «fue una gran conquista de las gentes más sencillas en el Ejército frente a otros, que querían los destinos por libre elección». Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, Comisión de Defensa, sesión celebrada el miércoles 26 de abril de 1989, núm. 454, pág. 15.033.

(5) Como señala Álvarez Álvarez, J., «si la Administración Pública debe tener un carácter meramente instrumental, sus agentes, los funcionarios públicos, deberán ser neutrales políticamente para estar a disposición de cualquier Gobierno sin merma de la eficacia del aparato administrativo... En una democracia, pues, la neutralidad política de los funcionarios se convierte en un principio fundamental que asegura y garantiza, de una parte, la fiel ejecución de las políticas diseñadas por los Gobiernos emanados de la voluntad del pueblo y, de otra, la continuidad en la eficaz prestación de los servicios públicos». Vid. «Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos», DA, núm. 210-211, pág. 73.

lo administrativo (6). Pero una vez situada esa frontera, cabe plantearse si las condiciones de selección de los llamados «altos funcionarios» (esto es, los que dentro del nivel administrativo se hallan en más estrecho contacto con el nivel político) pueden y deben ser equiparables a las del resto de los funcionarios públicos (7).

Pues bien, la doctrina mayoritaria entiende que en esa «zona fronteriza» la neutralidad aséptica, entendida como indiferencia hacia el contenido de la decisión política, resulta inviable. En palabras de Baena del Alcázar, dicha neutralidad aséptica «se aplicaría quizás adecuadamente a la mera ejecución de las órdenes y los criterios políticos, pero no es este el terreno en que se plantea nuestro problema respecto a los altos funcionarios. Normalmente se trata en este supuesto, no de ejecutar decisiones sino más bien de colaborar con los políticos en su adopción, y ello exige una cierta identificación con la decisión misma» (8). Consecuencia de este planteamiento es que la selección de los altos funcionarios, además de tener en cuenta el mérito y la capacidad, atienda también a criterios de confianza personal (la cual puede incluir, evidentemente, valoraciones como la identificación con el programa político de actuación).

Así, en Francia, señala Alvarez Alvarez que «es ya una práctica institucionalizada en la V República Francesa que los Gobiernos designen para los puestos administrativos de mayor responsabilidad a funcionarios identificados con la línea política del Gobierno, es decir, a funcionarios con convicciones». Otra solución para el mismo problema es la adoptada en

---

(6) Vid., al respecto, las consideraciones de J. L. Martínez López-Muñiz en su estudio «La profesionalización de la Administración Pública. Necesidad de revisión de algunos aspectos de la última reforma de la función pública», en «Gobierno y Administración en la Constitución» (vol. II), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, págs. 959 y ss. Sobre el mismo tema, y con referencias a sistemas comparados, Jiménez Asensio, R., «Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas», RVAP, núm. 32, págs. 73 y ss.

(7) «La política de personal es un importante instrumento de conducción indirecta; cuando se elige como colaborador a alguien que por su propia inclinación está orientado en la dirección deseada, no es necesario dirigirlo mediante instrucciones ni controlarlo constantemente... por esta razón hoy se plantea la cuestión de si el funcionario clásico se sigue adecuando a las exigencias administrativas en los niveles más altos de la organización y, en todo caso, hasta qué nivel de la jerarquía los puestos deben estar ocupados por funcionarios estrictamente profesionales y dónde debe situarse la frontera de lo específicamente político y, en su caso, una zona mixta de funcionarios reclutados con criterios no sólo técnicos, sino también de afinidad política con el Gobierno de turno» (Alvarez Alvarez, «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pág. 82.)

(8) «Reflexiones sobre la relación entre políticos y altos funcionarios», en «Gobierno y Administración en la Constitución», cit. (vol I), págs. 345 y ss.

Alemania, donde se han instituido los llamados funcionarios políticos, los cuales «pueden ser cesados en sus cargos pasando a una jubilación especial por razones de oportunidad política, sin que medien razones de ineficacia personal, permitiendo así al nuevo Gobierno cubrir los altos cargos de la Administración ministerial con personas de su especial confianza» (9). En uno y otro caso, es evidente que el nombramiento y remoción de los altos funcionarios no se reduce al resultado de una valoración objetiva de méritos académicos y experiencia profesional, sino que atiende a razonamientos subjetivos difícilmente objetivables.

Lo que se acaba de exponer en relación con la problemática de los llamados «altos funcionarios» guarda una indiscutible relación con la cuestión de los sistemas de provisión de destinos. Mientras que en los niveles inferiores de la carrera administrativa (que en un sistema coherente deben ser los de menor responsabilidad) los destinos pueden ser asignados, sin merma de la eficacia, mediante el sistema de provisión por antigüedad, y en los niveles intermedios se puede introducir el concurso de méritos como procedimiento de valoración de conocimientos y experiencia (no acreditables mediante la sola consideración de la antigüedad en el servicio), en los niveles más altos de la función pública pueden ser tenidos en cuenta, además de los méritos profesionales, otros elementos como la confianza de la Autoridad que realiza el nombramiento.

Además, en estos niveles superiores «es más relevante la capacidad de dirigir que la formación acreditada en el ingreso» (10), por lo que se relativiza el valor del Cuerpo o Escala a que pertenece el funcionario como elemento decisivo para asignar un puesto de trabajo. Tales circunstancias aconsejan atribuir a quien realiza la selección un amplio margen de discrecionalidad que no cabe apreciar en los sistemas de antigüedad y concurso de méritos, por lo que generalmente estos puestos son cubiertos por el sistema de libre designación (11).

Conviene, no obstante, recordar, llegados a este punto, que la toma en consideración de esos factores subjetivos no desplaza ni elimina la necesidad de considerar igualmente el mérito y la capacidad de los aspirantes. No se olvide que los puestos de trabajo correspondientes a los altos funcionarios son eso, puestos de funcionarios, y por ello están regidos también por el principio de mérito profesional.

---

(9) «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pág. 83

(10) Gutiérrez Reñón, «función del Cuerpo...», cit., pág. 88.

(11) Vid. Alvarez Alvarez, «Neutralidad política y carrera administrativa...» cit., pág. 79.

Además, no debe perderse de vista que lo que justifica la opción por el sistema de libre designación es la cercanía al nivel político, y la consiguiente necesidad de procurar una cierta identificación personal entre la autoridad política y el (alto) funcionario (12). Por ello, la libre designación tiene su ámbito natural de actuación en los puestos más elevados de la carrera administrativa, y carece de sentido en los puestos bajos o intermedios, en los que cuenta exclusivamente la capacidad profesional. Finalmente, debe recordarse también que discrecionalidad no significa arbitrariedad.

### III. LIBRE DESIGNACIÓN, ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD

No es necesario entrar en disquisiciones técnico-jurídicas para comprender la distinta significación de términos como «discrecional» y «arbitrario». El Diccionario de la Real Academia nos dice que es discrecional lo que se hace libre y prudencialmente, mientras que es arbitraria la acción contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada sólo por la voluntad o el capricho. Es evidente que el Ordenamiento Jurídico concede extensos márgenes de discrecionalidad (*de facultad de actuar libre y prudencialmente*) a la Administración en muy diversos ámbitos, pero lo que nunca puede hacer un sistema jurídico es conceder a la Administración la posibilidad de actuar arbitrariamente (contra la justicia, la razón o las leyes). Por eso la Administración que adopta decisiones discrecionalmente (en los ámbitos en que le está atribuida esta posibilidad) actúa conforme a Derecho, pero siempre que la Administración se comporta arbitrariamente infringe el Ordenamiento Jurídico (13).

---

(12) Afirma en este sentido Martínez López-Muñoz que «son, pues, principalmente razones políticas o derivadas de los condicionamientos políticos actuales de las Administraciones Públicas, las que fundamentan la figura que consideramos» («La profesionalización de la Administración Pública...», cit., pag. 967). El mismo autor apunta otra posible justificación para la libre designación, como es la facilidad que el sistema concede para la provisión y el cese con la mayor discrecionalidad, para garantizar una respuesta rápida y eficaz a las necesidades de los servicios públicos en cada momento. Pero a esta justificación se le pueden oponer serios reparos, como es el riesgo potencial de una extensión del sistema a todos los niveles —también los intermedios y los bajos— de la carrera administrativa, y el peligro que existe de que la asignación de destinos y el cese en los mismos, amparado en la eficacia administrativa, responda en realidad al amiguismo o al revanchismo, dejando a los funcionarios en una situación de grave inseguridad jurídica, pues conceptos como los «intereses del servicio» o «la eficacia administrativa» pueden justificar —hábilmente utilizados— las más variadas medidas en relación con el personal, muchas veces infiscalizables en la práctica.

(13) Así, entiende T. R. Fernández que la arbitrariedad es fruto de la mera voluntad

La atribución de una potestad discrecional nunca comporta para la Administración una exención del sometimiento al Derecho, puesto que toda potestad administrativa existe para el cumplimiento de un fin (un fin de interés general) (14). Por eso, cuando se concede a la Administración un espacio de discrecionalidad, cabrá adoptar muchas soluciones legalmente posibles, pero puede ocurrir que algunas o muchas de ellas aun siendo, en principio, conformes a la ley (que permite a la Administración actuar discrecionalmente), sean contrarias al Ordenamiento Jurídico, que consagra principios como el de justicia e interdicción de la arbitrariedad (15).

Lo que en última instancia diferencia la actuación discrecional de la arbitraria es la motivación de la decisión administrativa. Como ha señalado T. R. Fernández, refiriéndose a uno de los muchos supuestos en los que la discrecionalidad tiene cabida, «la Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un transtorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc., etc. Optar por uno o por otro es su derecho pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente

---

o el puro capricho de los administradores, mientras que, por el contrario, la discrecionalidad cuenta con el respaldo (mayor o menor, mejor o peor) de una fundamentación que la sostiene. Vid. «Arbitrariedad y discrecionalidad», en «Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. G<sup>a</sup> de Enterría», Civitas, tomo III, pág. 2298.

(14) En este sentido, afirma T.R. Fernández que «El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a lo que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental». («Arbitrariedad y discrecionalidad», cit., pág. 2300.)

(15) El mismo T. R. Fernández ha señalado en un reciente trabajo que «La Administración puede elegir libremente, cuando la ley le concede margen para ello, una solución concreta entre las varias legalmente posibles. El propio margen creado al efecto por la ley habilitante del poder discrecional hace que todas las soluciones susceptibles de ser imaginadas dentro de él sean, en principio, indiferentes. Pero ¡cuidado con los adjetivos, porque aquí es frecuente resbalar por pura inadvertencia! legalmente indiferentes, no indiferentes jurídicamente, que es cosa muy distinta, como la fórmula dual «Ley y Derecho» subraya expresivamente. Indiferentemente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho, que reconoce un orden de valores preexistente y se ordena a su efectiva realización» («De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», Revista Española de Derecho Administrativo —REDA—, núm. 80, pág. 584).

apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto» (16).

La motivación permite comprender la razón lógica de la opción de la Administración por una de las diversas alternativas en juego, y posibilita el control de la adecuación de la actuación administrativa a los fines que deben inspirarla. Si no hay motivación resulta imposible discernir si ha habido arbitrariedad. Ciertamente, motivación suficiente no significa exposición agotadora y minuciosa de todos y cada uno de los factores que se han tenido en cuenta para elegir una vía entre las posibles. Simplemente, se trata de exponer razonablemente la causa de la decisión, de manera que resulte comprensible el porqué de su adopción. Lo que es razonable siempre es motivable.

Con todo, sería absurdo llevar este planteamiento hasta sus más radicales consecuencias. Existen aspectos de la decisión discrecional basados únicamente en planteamientos subjetivos y personalísimos, en los que tratar de sustituir la voluntad administrativa es absurdo. A título de ejemplo, si entre dos personas con un nivel de conocimientos y experiencia profesional equivalente (es decir, con iguales méritos y capacidad) que aspiran a obtener un puesto de libre designación, se selecciona a uno con base en las impresiones subjetivas de quien realiza la elección, este juicio es lógicamente insustituible, porque está basado en argumentos difícilmente racionalizables ( la impresión personal, por ejemplo).

En casos como este, la motivación debe limitarse a reflejar la igualdad de méritos de los aspirantes, y el hecho de que se ha elegido a uno de ellos porque quién así lo ha decidido lo consideraba más idóneo. Ahora bien, ese juicio puramente discrecional está basado en una constatación previa como es la igualdad de méritos profesionales de los solicitantes del puesto. Si tal igualdad no existe, y uno de los candidatos tiene un grado de conocimientos y experiencia profesional superior, la Administración está obligada a explicar por qué no ha elegido a este sino a otro (caso de que haya ocurrido así), y si la explicación (la motivación) no es razonable, la decisión administrativa puede ser revisada e incluso sustituida (17)

Ciñéndonos al tema que nos ocupa, esto es, la provisión de destinos por el sistema de libre designación, el ejemplo que se acaba de poner ilustra hasta dónde puede llegar el control de la decisión administrativa: hasta el

---

(16) "De nuevo sobre el poder discrecional...", cit., págs. 590-591.

(17) Vid. al respecto las reflexiones de T. R. Fernández en «De nuevo sobre el poder discrecional...» cit., págs. 594 y ss. También en «Arbitrariedad y discrecionalidad», cit., págs. 2298 y ss.

límite de lo racionalizable. Es posible anular la atribución de un destino de libre designación si el nombrado es manifiestamente incapaz para su desempeño, o si sus méritos son claramente inferiores a los de otros solicitantes, o si se acredita por cualquier otra causa que la decisión administrativa no ha buscado la mayor eficacia del servicio sino otros objetivos desviados (favorecer al amigo, obstruir la carrera administrativa del contrario, etc); pero a igualdad de méritos la anulación por un Juez de la decisión administrativa situaría al juzgador en un lugar que constitucionalmente no le corresponde, porque implicaría la sustitución de una decisión subjetiva por otra tan subjetiva como la primera, y no necesariamente mejor, o, dicho sea de otra manera, porque el juez abandonaría el ámbito que es propio de su actuación (el de la legalidad) para entrar en otro que sólo a la Administración corresponde (el de la oportunidad). De ahí que, al menos en este concreto aspecto, el control de la actuación de la Administración por los Tribunales deba estar presidido, ante todo, por la prudencia (18).

Es precisamente este margen de discrecionalidad —que los Tribunales deben respetar— lo que permite distinguir la libre designación del concurso de méritos. En este último sistema los méritos están objetivados en baremos, y se reducen al máximo los componentes subjetivos de la decisión. En cambio, en la libre designación la valoración de los méritos es más flexible y en cualquier caso existen, como ya se ha visto, elementos de juicio subjetivos imposibles de reflejar en baremos e infiscalizables en vía jurisdiccional (19).

---

(18) Como señala Nieto, «el equilibrio social es tarea de cada día y cada día una tarea diferente. En el ejercicio de un arte tan difícil, los Tribunales han de ser conscientes de la estrechez del canal por donde discurren: entre la peña Sibyla de una tolerancia excesiva de los abusos del Poder a quien ninguna norma sujeta y la Carybdis de un control excesivo de lo que corresponde irrenunciablemente a la Administración. El control de la legalidad —y, en este caso, de los intereses generales— es el fiel de la balanza de la arbitrariedad administrativa y la arbitrariedad judicial. Hay que dar al César lo que es del César y ponderar con un adecuado judicial restraint la enorme libertad que los Tribunales han adquirido desde el día en que se decidieron a abandonar su tradicional función de fonógrafos repetitivos de la ley» («La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en «Estudios sobre la Constitución Española», cit., tomo III, pág. 2253). Sobre los «excesos de la judicialización» vid. Muñoz Machado, S.: «La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración» en «Estudios sobre la Constitución Española» cit., tomo III, págs. 2763 y ss.; Embid Irujo, A.: «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», Revista de Administración Pública (RAP), núm. 115, págs. 418 y ss.

(19) Ahora bien, en actos administrativos discrecionales como son los nombramientos por el sistema de libre designación, la determinación de hasta dónde puede llegar el control jurisdiccional es algo que no compete a la Administración sino a los propios Tribunales. Como ha señalado García de Enterría, «Cuáles son los límites entre la respon-



#### IV. LOS ARTÍCULOS 23.2 Y 103.3 DE LA CONSTITUCIÓN: SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

El art. 23.2 de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A su vez, el art. 103.3 dispone que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente la conexión directa que existe entre ambos artículos, de manera que, como señala García Trevijano, «aun cuando los principios de mérito y capacidad estén formulados en el art. 103.3 de la Constitución (no susceptible, en sí mismo, como se dice, de amparo constitucional), la interpretación sistemática de ambos preceptos y su necesaria relación recíproca permiten entender que el art. 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad» (20).

El problema que tenemos que plantearnos en este momento es si dichos principios —mérito y capacidad— operan sólo en el momento del ingreso en la función pública, o, además, inciden sobre el desarrollo ulterior de la carrera administrativa, y, por tanto, sobre la provisión de destinos de los funcionarios públicos.

---

sabilidad política propia de los Poderes administrativos y el Derecho que se constituye en límite del ejercicio de dichos poderes, es una respuesta que corresponde al Derecho Administrativo. Mejor aún: ese límite es el Derecho Administrativo, es justamente su función y su contenido. No hay otra solución. No cabría diseñar analíticamente una frontera entre Derecho y Política, un límite con dientes, con entradas, con salientes; ese límite es, simplemente, el Derecho. Siempre que sea posible hacer la censura jurídica en nombre del Derecho... a una determinada actuación administrativa, el Juez estará actuando en su ámbito constitucional propio, donde no sólo puede, sino que debe hacerlo. Dejará de actuar en ese ámbito, y por tanto no actuará válidamente si lo que hace es una censura política, una censura de oportunidad» («Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español», REDA, núm. 59, pág. 336).

(20) «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», RAP 121, págs. 249-250. Sobre el art. 23.2 de la Constitución cabe destacar el estudio de Pulido Quecedo, M., «El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución», Civitas, 1992. Vid. los trabajos de López Pellicer y Urganga Cogollos en las XI jornadas de estudio del Servicio Jurídico del Estado (editadas por el Ministerio de Justicia), dedicadas al principio de igualdad en la Constitución Española. También son de gran interés las ponencias y comunicaciones presentadas por Beato Espejo, Carrasco Canals, Fernández Castro y López Frías en las XIII jornadas de estudio, dedicadas a los derechos fundamentales y libertades públicas, con un completo análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 23.2 en relación con el art. 103.3.

Pues bien, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en diversas sentencias (21), de las que podemos extraer las siguientes conclusiones:

— El principio de igualdad debe ser observado no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas sino también a lo largo de la duración de la relación funcional, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso, y, entre ellos, a los relativos a la provisión de los puestos de trabajo.

— Consecuencia de ello es que las convocatorias de concursos y oposiciones deben establecerse en términos generales y abstractos, y no mediante referencias concretas e individualizadas, siendo inaceptable que se produzcan acepciones o pretericiones «ad personam» en el acceso a las funciones públicas.

— De este modo, se garantiza el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, igualmente consagrado en el art. 103.3 de la Constitución.

— Ahora bien, no debe ignorarse la distinta consideración que merecen, de una parte el acceso a la función pública, y de otra el desarrollo de la carrera administrativa, y por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada uno de ellos operan los principios de mérito y capacidad.

— En efecto, siendo el derecho reconocido en el art. 23.2 de configuración legal, puede la Administración legítimamente, dentro de los concursos para la provisión de vacantes entre personas que hayan accedido a la función pública, tener en cuenta otros criterios distintos, que no guarden relación con estos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales.

— Así, dada la variedad de Administraciones, de las tareas a desarrollar y de las circunstancias de los puestos de trabajo, no resulta irrazonable sino incluso fácilmente comprensible la multiplicidad de procedimientos para la provisión de puestos de trabajo.

— No obstante, el margen de actuación de que disponen las Administraciones Públicas a estos efectos no puede convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada caso se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa.

La jurisprudencia del Alto Tribunal permite concluir, en palabras de Beato Espejo, que «se deja, por tanto, a la discrecionalidad de la Adminis-

---

(21) Así, la STC 207/88 de 8 de noviembre, la 192/91 de 14 de octubre, o la 200/91, de 28 de octubre, entre otras.

tración la utilización de la técnica de selección más adecuada para determinar la persona idónea para el mejor desempeño de las tareas que comprende el puesto de trabajo que se convoca» (22). Ahora bien, con observancia en todo caso de los principios de mérito y capacidad, pues, como señala López Frías, «únicamente con esa forma de actuar queda garantizado el cumplimiento de los fines que el art. 103.1 de la Constitución impone a la Administración Pública: servir con objetividad los intereses generales y actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (23)..

Ciertamente, el mismo Tribunal Constitucional puntualiza que los principios de mérito y capacidad juegan de distinta manera en el momento del ingreso, y en el posterior desarrollo de la carrera administrativa, de tal modo que durante el transcurso de esta última pueden experimentar diversas modulaciones. Ahora bien, esas modulaciones se justifican en atención a la salvaguardia y protección de otros bienes constitucionales, como, vgr., la eficacia en el actuar de los servicios públicos.

En este sentido, no puede perderse de vista que la Constitución garantiza expresamente valores como la profesionalidad y la neutralidad política de los funcionarios públicos, los cuales pueden resultar seriamente afectados si los sistemas de provisión de vacantes no se articulan de modo objetivo y reglado. Por ello, la libre designación, en cuanto constituye una excepción, al menos potencial, a la rigurosa observancia del mérito y la capacidad en la asignación de puestos de trabajo ( al permitir la apreciación de factores subjetivos y personales), debe constituir una excepción en el sistema globalmente considerado, de manera que la generalidad de las vacantes se cubran mediante sistemas objetivos, como la antigüedad o el concurso de méritos, pues sólo de este modo podrá garantizarse que cada puesto sea ocupado por la persona más capacitada, asegurándose por consiguiente la eficacia de la actividad administrativa a que se refiere el art. 103.1 de la Norma Fundamental.

Dicho sea de otro modo, el distinto papel de los principios de mérito y capacidad, en el momento del ingreso, y en el desarrollo posterior de la carrera administrativa, permite en determinados y excepcionales supuestos dar entrada a consideraciones subjetivas, mediante la asignación de destinos por el sistema de libre designación. Pero fuera de estos supuestos, la

---

(22) "La imparcialidad de los funcionarios públicos, dimanante del derecho al acceso con igualdad. Garantías jurídicas», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1669.

(23) "El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1619.

extensión incondicionada de la libre designación, en cuanto compromete la neutralidad y la profesionalidad de los funcionarios, así como su seguridad jurídica (y en última instancia, la eficacia de los servicios públicos), resulta claramente inconstitucional.

¿Y cuáles son esos supuestos excepcionales en los que resulta constitucionalmente legítimo recurrir al sistema de libre designación? Únicamente aquellos en los que la eficacia de la actuación administrativa exija la utilización de sistemas de provisión de vacantes que garanticen una cierta identificación personal entre las Autoridades políticas y los funcionarios, circunstancia que —como antes se señaló— sólo cabe apreciar respecto de los funcionarios que trabajan en más estrecho contacto con ellas (24). [Si los criterios que han de tomarse en consideración son exclusivamente de carácter técnico, profesional o científico, la libre designación carece de sentido, siendo el procedimiento adecuado el concurso de méritos (25)]. Se opone, pues, a la caracterización jurídico-constitucional de la Administración Pública y del personal que la sirve, la extensión de la libre designación, fuera del nivel de los altos funcionarios, a los demás puestos de la estructura administrativa.

Esta es una conclusión sostenida por la doctrina mayoritaria, que ha criticado reiteradamente la extensión de la libre designación fuera del ámbito que le es propio. Ya lo hacía antes de la promulgación de la Constitución (26), y los pronunciamientos al respecto se han incrementado posteriormente, a raíz de la aprobación de las normas de provisión de destinos contenidas en la ley 30/84 (reformadas por la ley 23/88). Es justamente uno de los aspectos más discutidos de la reforma de la función pública introducida por dichas leyes la generalización de dicho sistema hasta extremos incompatibles con los postulados esenciales de la carrera administrativa (27).

---

(24) Así lo entiende Beato Espejo, para quien «la libre designación se fundamenta en el vínculo de relación que existe entre los puestos de más alto nivel de la jerarquía administrativa y el órgano político con quien comparte, sin duda, responsabilidades de gobierno; así como en la de aquellos otros que, en una relación permanente y cotidiana, se fija un principio de confianza mutua» (La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas; REDA, núm. 56, pág. 611).

(25) Vid. las consideraciones al respecto de López Pellicer, J. A., en «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», en las XI jornadas de estudio, cit., vol. II, págs. 1443-1444.

(26) González Haba y Álvarez Rico escribían en 1975: «Por ello, nosotros rechazamos el creciente expansionismo de la libre designación, que está haciendo quebrar en sus mismos cimientos el armazón de la promoción funcional» («La carrera administrativa»; DA, núm. 164, págs. 122-123).

(27) Además de las obras que se acaban de citar, vid. Fernández, T. R.: «La ley de

También los Tribunales de Justicia vienen sosteniendo reiteradamente que los destinos de libre designación son de carácter excepcional, que no conforman un ámbito excluido del control jurisdiccional, y que para ellos también rigen los principios de mérito y capacidad. Por lo acertado de sus planteamientos, conviene resaltar en este momento una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo contencioso-administrativo), de 12 de junio de 1992 (ponente, Sr. Moscoso Torres) que resume con gran rigor y acierto la jurisprudencia sobre el tema. El objeto del recurso era, por un lado, la legalidad de un Decreto del Gobierno autonómico de Canarias por el que se modificaba la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Presidencia, estableciéndose la provisión, mediante el sistema de libre designación, de un puesto de trabajo de Administrativo, seis de Jefe de negociado, y cuatro de Subinspector; y por otro, la asignación de uno de tales puestos de trabajo mediante aquel sistema. Así pues, se discutía tanto la cobertura de los puestos mediante libre designación, como la concreta asignación a un funcionario de uno de dichos puestos. Pues bien, la sentencia comienza sus fundamentos de Derecho analizando esta última cuestión, y dice al respecto lo siguiente:

— «Es consustancial al sistema de libre designación un cierto margen de discrecionalidad para decidir el nombramiento del funcionario que deba cubrir el puesto convocado, estribando en este aspecto la diferencia esencial entre dicho sistema y el concurso de méritos, que es objetivo y estrictamente tasado».

— «En tal sistema, la Administración es libre de designar al candidato que estime más conveniente entre los que hayan concurrido y cumplan los requisitos indispensables para ocupar el puesto siempre que ostenten méritos más o menos similares, pero dicha discrecionalidad se convierte en pura arbitrariedad cuando de forma ostensible y manifiesta el candidato postergado cuenta con méritos superiores, en número y calidad, a los del funcionario designado».

En este punto, la sentencia, después de analizar los méritos de la recurrente y del funcionario adjudicatario del puesto, concluyó que venían a ser

---

medidas de reforma de la función pública: su incidencia en la estructuración de las Comunidades Autónomas» en «Jornadas de estudio sobre Administración y función pública en el Estado autonómico», Instituto Vasco de Administración Pública, pág. 37; Parada Vázquez, R.: «Derecho Administrativo (II, organización y empleo público), Ed. Marcial Pons, 4.ª edición, págs. 398-399; Suay Rincón, J.: «La reforma de la función pública. Su impacto sobre la burocracia española», REDA, núm. 56, pág. 521. Sobre los excesos y distorsiones que ha producido en la práctica la generalización de la libre designación vid. Cádiz Deleito, op. cit., pág. 108.

similares, y que, no pudiéndose realizar una rígida confrontación entre unos y otros méritos (como sería lo propio de un concurso), debía concluirse que la Administración había hecho un uso razonable de su discrecionalidad.

Sin embargo, a continuación se planteó la Sala la otra cuestión debatida, esto es, si aquellos puestos tenían las características que posibilitaban su cobertura mediante el sistema de libre designación, señalando al respecto lo siguiente:

— «El sistema de libre designación constituye un mecanismo o procedimiento excepcional para la provisión de puestos de trabajo, frente al normal constituido por el concurso de méritos; y al constituir aquel un sistema de excepción se encuentra sujeto, como es obvio, a unas limitaciones que no son aplicables al concurso de méritos; ciertamente, la Administración, al efectuar las relaciones de puestos de trabajo, tiene un gran margen de discrecionalidad, en virtud de las facultades de autoorganización que le corresponden, para elegir uno u otro sistema de cobertura, pero esa potestad discrecional tiene que estar guiada por el interés público y, además y en este campo concreto, por los principios de eficacia, coordinación y demás que cita el art. 103.1 CE, así como por los principios de mérito y capacidad, teniendo que ajustarse también en su actuación y en su elección al respeto a las disposiciones legales de aplicación, actuación que es plenamente controlable a través de las técnicas de revisión de la discrecionalidad, por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues lo contrario vulneraría lo dispuesto en el art. 106 CE».

— «El carácter excepcional del sistema de libre designación comporta una serie de limitaciones con respecto al concurso de méritos. La primera viene representada por la imposibilidad de cubrir por ese sistema la totalidad o la mayor parte de los puestos de trabajo correspondientes a cualquier cuerpo, escala, clase o categoría de funcionarios de un determinado Departamento u Organismo, pues en tal caso se haría de la excepción el sistema general frente al normal de provisión por concurso».

— «Además, tal carácter excepcional reclama una motivación suficiente que justifique la elección de este sistema singular por las peculiaridades del puesto concreto a cubrir en atención a la naturaleza de sus funciones...motivación que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular —como puede ser el carácter directivo o de confianza, o la especial responsabilidad— en el puesto de trabajo a proveer. En otro caso y a falta de motivación, la actuación de la Administración al respecto puede ser el fruto de un

puro voluntarismo administrativo carente de justificación razonable y fundado sólo en un amplísimo margen de discrecionalidad, entendida esta de forma errónea y distorsionada»

Sentadas estas consideraciones de carácter general, la sentencia pasó al análisis de los concretos puestos de trabajo cuya provisión mediante el sistema de libre designación se discutía, concluyendo que no existían razones que pudieran amparar la aplicación de dicho sistema:

— «Todos los puestos de subinspectores que se incluyen en la relación —cuatro— tienen asignada como forma de provisión la de libre designación, con lo cual se establece para esta clase y categoría de puestos dicho sistema como normal cuando es excepcional... pero es que además las funciones asignadas a tales puestos... no parece que sean de las que exijan o puedan dar lugar a esa forma de provisión, pues ni son de carácter directivo ni implican una especial responsabilidad en su desempeño, sin que tampoco... se haya ofrecido alguna motivación o justificación suficiente de por qué esos puestos de trabajo deben ser provistos por ese sistema singular, y como no se adivina ninguna causa para ello, hay que entender que la elección de esa forma de provisión para esos puestos no se ajusta a los requisitos legalmente exigidos e infringe el Ordenamiento jurídico. Dicha elección no puede estar justificada en la discrecionalidad o en las facultades de autoorganización que corresponden a la Administración, pues, como también se ha señalado, esa discrecionalidad no puede confundirse con un puro voluntarismo inmotivado y está sujeta a revisión jurisdiccional».

Similares consideraciones se realizan en la sentencia respecto de los demás puestos, insistiendo la Sala en que no se aprecia en ellos una especial responsabilidad o circunstancias singulares que permitan su provisión por tal sistema. En consecuencia con lo expuesto, el fallo estima el recurso, anulando la forma de provisión de los puestos de trabajo discutidos mediante el sistema de libre designación.

La claridad de los razonamientos de la sentencia que se acaba de resumir exime de hacer comentarios sobre la misma. Únicamente cabe insistir, a modo de conclusión, en que el sistema de libre designación es excepcional, que sólo se puede acudir a él cuando hay razones que lo justifican, y que tales razones deben ser acreditadas, pudiendo todo ello ser controlado en vía jurisdiccional.

V. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN DE LA CARRERA MILITAR  
Y SU REPERCUSIÓN NORMATIVA DE PROVISIÓN DE DESTINOS

Todas las consideraciones anteriormente expuestas han girado en torno a las nociones de «Administración Pública» y «Funcionario público», lo que plantea el problema de su posible aplicación a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional, toda vez que en los últimos tiempos ha habido un sector doctrinal que ha negado a las Fuerzas Armadas el carácter de Administración Pública y a los militares la condición de funcionarios. Este sector doctrinal califica a las Fuerzas Armadas como «Institución» y caracteriza el estatuto profesional militar como un estatuto con sustantividad propia, cualitativamente diferente del de los funcionarios civiles (28).

Lo cierto es que en quienes defienden la caracterización «institucional» de las Fuerzas Armadas y niegan a los militares la condición de funcionarios no se advierten razonamientos convincentes. Los autores que sostienen esta tesis niegan el carácter administrativo de los Ejércitos pero no van más allá en su argumentación, y se muestran incapaces de dar contenido positivo a esa configuración institucional. Como ha señalado López Ramón respecto de las teorías institucionalistas, «sostener, pues, en la actualidad, que las Fuerzas Armadas son una Institución no constituye una operación interesante bajo una perspectiva jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico, por más que sea útil para comprender una realidad» (29). Más bien parece que cuando se trata de desmarcar a los Ejércitos de la Administración Pública se acude no tanto a razonamientos técnico-jurídicos cuanto a consideraciones de carácter sociológico (30). Actualmente muy pocos sostienen, como hacía

---

(28) Es de obligada referencia al respecto la obra de López Ramón «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, así como el estudio del mismo autor «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas» en «Estudios sobre la Constitución española...», cit., tomo III, págs. 2547 y ss. Ambos trabajos resumen la bibliografía existente sobre el tema. Ultimamente, e insistiendo sobre la consideración «institucional» de las Fuerzas Armadas, Parada Vázquez, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», RAP, núm. 127, págs. 35 y ss.

(29) «Principios de la ordenación...», cit., pág. 2571.

(30) No hay duda de que, si seguimos la conocida dialéctica «Institución-ocupación» según la teorización de Charles C. Moskos, las Fuerzas Armadas reúnen las características que permiten identificar una institución. Pero esa caracterización institucional se define con arreglo a criterios sociológicos, que son muy útiles para comprender lo que son los Ejércitos, pero que carecen de virtualidad para definir y dar contenido a un régimen jurídico propio y autónomo. Vid. al respecto la recopilación de artículos editada por el Ministerio de Defensa con el título «Lo militar: ¿Más que una profesión?», con



Querol en sus «Principios de Derecho Militar Español», que el Derecho Militar tenga independencia científica y sustantividad propia (31).

Lo mismo ocurre con quienes rechazan la inclusión de los militares entre los funcionarios (32), o dicen, más modestamente, que los militares son funcionarios pero también «algo más» que funcionarios. Nuevamente, no hay desarrollos ulteriores para afirmaciones de este tipo, no se sabe en qué consiste ese «algo distinto» o ese «algo más» (33). Una vez más, parece que los militares que rechazan ser considerados como funcionarios no lo hacen desde planteamientos jurídicos, sino con base en consideraciones más bien emotivas, tratando de identificar un «estilo de vida militar» en el que no tienen cabida los perfiles desfavorables que suelen asociarse a la palabra «funcionario» (la rutina, el papeleo, etc.) (34).

---

interesantes estudios del propio Charles C. Moskos y Frank R. Wood, entre otros, y una reflexión sobre el caso de las Fuerzas Armadas Españolas a cargo de Carlos Gil Muñoz.

(31) Querol y Durán, F.: «Principios de Derecho Militar español», Ed. Naval, tomo I, págs. 18-21. Frente a la obsesión de algunos por buscar justificaciones para la autonomía científica de sus disciplinas, conviene recordar unas conocidas palabras de Carnelutti: «La indicada división del Derecho civil, comercial, penal, administrativo, etc., se resuelve desgraciadamente en una restricción arbitraria del material experimental. No hace falta más para entender que si dentro de ciertos límites son inevitables, estas divisiones representan una de las mayores flaquezas de la ciencia... por desdicha, en las provincias de la ciencia se forma, no tanto el amor que sería un bien, como los celos de campanario; pero no hay que pretender de los hombres cultos más de lo que pueden dar («Metodología del Derecho», Ed. UTEHA, págs. 34-35).

(32) Recientemente afirmaba el Teniente General Gutiérrez Mellado en una entrevista: «Consideraría un error tratar a los militares como si fueran funcionarios. Nosotros tenemos que vivir y trabajar arropados por una determinada simbología. Dentro de las Unidades tiene que haber ilusión, algo de fantasía. Ser militar es diferente a ser funcionario de cualquier ministerio, dicho esto con el mayor respeto para estos últimos» (Revista española de Defensa, julio-agosto 1992, pág. 51)

(33) Así, Quiroga Abarca escribe que el militar es «un funcionario del Estado, pero también algo más» («La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial», Ed. Montecorvo, pág. 62), pero no desarrolla esta afirmación, que queda, por tanto, sin contenido.

(34) El elevado concepto que los militares tienen de la vida castrense hace difícil compaginar el estatuto militar con un concepto, «funcionario», que suele asociarse a la expresión «burócrata», teniendo ambas palabras (funcionario y burócrata) un significado emotivo fuertemente desfavorable en el sentir social. Como señala Nieto («La burocracia», cit., págs. 30-31), «resulta muy significativo que los primeros escritos sobre la burocracia sean puros juicios de valor, que se expresan en apóstrofes indignados sobre lo que se califica apriorísticamente de un mal: Actitud que aun se mantiene en el nivel de la opinión del hombre de la calle. En el lenguaje ordinario y en el político, la Burocracia es sencillamente un mal, una enfermedad, una degeneración». No es por ello de extrañar que los militares se nieguen a ser calificados como funcionarios y, de forma mediata, a ser incluidos entre los burócratas.

Sin embargo, actualmente no existen las dificultades que antes se planteaban para delimitar qué servidores públicos podían ser incluidos entre el colectivo funcional (35), y, por encima de consideraciones emotivas, existe un significado técnico— jurídico de la palabra «funcionario» ( persona incorporada a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo) en el que encaja sin problemas el personal militar profesional (36), por lo que no existe hoy en día ningún inconveniente, a la vista de nuestro Derecho positivo, para englobar dentro de los funcionarios a los militares profesionales.

Así lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional, el cual, en la sentencia n.º 60/91 de 14 de marzo, dice que «no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa»; en la sentencia 123/88 de 23 de junio puntualiza que «las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen...su carácter de Administración Pública», y en otras sentencias (por ejemplo, la n.º 116/87 de 7 de julio) se refiere reiteradamente a los militares profesionales con la expresión «funcionarios militares».

Consecuencia de lo dicho es la plena aplicabilidad de los arts. 23 y 103 de la Constitución al ingreso en las Fuerzas Armadas y a la carrera militar, que habrá de desarrollarse en todo caso con arreglo a los tantas veces citados principios de mérito y capacidad. Por eso, no pueden compartirse las reticencias que expresa Pulido Quecedo hacia la plena aplicabilidad del art. 23.2 CE al personal militar profesional (37). Este autor

---

(35) Dificultades a las que hacía referencia Guaita en el desarrollo de la voz «funcionario», Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, tomo X, págs. 496 y ss.

(36) Obviamente, como señala Balado, «el hecho de que hablemos abiertamente, sin temor a errar, de funcionarios militares no implica que no puedan reconocerse peculiaridades que reclamen un diferente tratamiento jurídico, si bien dentro de unos principios y normas que han de regir con generalidad el funcionamiento de las Administraciones Públicas y el estatuto de sus funcionarios» («El acceso a la función militar», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1642). La caracterización de los militares como funcionarios públicos no es algo reciente, al contrario, cuenta con una sólida tradición. En el siglo XIX, José Almirante, en su célebre «Diccionario Militar» (recientemente reeditado por el Ministerio de Defensa) decía expresamente (voz «funcionario») que «el militar constituye una subdivisión del funcionario público» (pág. 492). Más adelante, De No Louis (voz «ejército», NEJ, tomo VIII, 1956, pág. 151) al referirse a los derechos administrativos del militar, comienza su exposición diciendo: «El militar profesional tiene indudablemente, de acuerdo con el concepto legal que del funcionario da nuestro Código Penal, tal carácter por su participación en el desempeño de la función pública de la Defensa Nacional, una de las más importantes del Estado»

(37) «El acceso a los cargos y funciones públicas» cit., págs. 384 y ss.

parece aceptar la necesidad de respetar los principios de mérito y capacidad en lo relativo al ingreso en la Enseñanza Militar, pero discute su extensión a la carrera militar propiamente dicha; postura sorprendente, más aún si se tiene en cuenta que el autor que analizamos se muestra partidario de la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como Administración Pública. La justificación de esta tesis se encuentra, en opinión de Pulido, en que «el hecho de que se caracterice a las Fuerzas Armadas como Administración del Estado no debe hacernos olvidar la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas y la especial relevancia que determinados valores como el honor profesional o el principio de jerarquía tienen en el seno de las mismas» (38). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional permite concluir no sólo que los principios de mérito y capacidad deben estar presentes en el desarrollo de la carrera militar, sino que, más aún, la necesidad de su salvaguardia es, en las Fuerzas Armadas, todavía más intensa que en la función pública civil.

Recordemos, a estos efectos, que el art. 23.2 en relación con el 103.3 de la Constitución quiere garantizar ante todo la profesionalidad de la función pública. Hemos visto también como un sistema de función pública se desprofesionaliza en la medida que se politiza (se orienta hacia el clientelismo político). De ahí que la profesionalidad se encuentre siempre ligada a la neutralidad política, y que se afirme que una función pública tanto más profesional es cuanto más preparada se encuentra para servir eficazmente a un Gobierno, cualquiera que sea la ideología de este.

Pues bien, principios como los de profesionalidad, neutralidad política y eficacia son esenciales en la vertebración de las Fuerzas Armadas, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en una línea reiterada de jurisprudencia.

Ya en una de sus primeras sentencias relacionadas con las Fuerzas Armadas, la nº 51/81 de 20 de junio, decía el Alto Tribunal que «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida que en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial» (39). Posteriormente, en el

---

(38) Op. cit., pág. 387.

(39) La teoría de las relaciones de sujeción especial, introducida en España por Gallego Anabitarte, ha sido objeto de un reciente y completo estudio, desde la perspectiva

Auto n.º 375/83 de 30 de julio, leemos: «no puede haber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el Orden Constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines». En el mismo sentido, la sentencia n.º 97/85 de 29 de julio, señala que «Las Fuerzas Armadas... necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración», y que «la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines». Ese papel crucial de la unidad en la organización militar viene nuevamente resaltado en la sentencia n.º 180/85 de 9 de diciembre. Una vez más, la sentencia n.º 16/87 de 27 de octubre insiste en la relevancia constitucional que tiene garantizar el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas, diciendo que estas «deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares». Por otra parte, la sentencia n.º 101/91 de 13 de mayo, con cita de sentencias anteriores, señala que el principio de neutralidad política, «al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas».

Estas sentencias, y otras muchas de similar contenido, insisten, por un lado, en subrayar la importancia de valores y principios como la unidad y la neutralidad política (40), los cuales justifican la limitación de algunos derechos fundamentales de los militares; pero, por otro lado, recuerdan que esas limitaciones de derechos no son ni pueden ser absolutas o incondicionadas, y únicamente tienen justificación cuando se basan en la necesidad de salvaguardar los altos fines que la Constitución encomienda a los Ejércitos.

En consecuencia, siendo elementos esenciales en la organización de las Fuerzas Armadas la profesionalidad y la neutralidad política, así como la unidad, es evidente que deberá eliminarse (con mayor énfasis aún que en

---

constitucional, por Ricardo García Macho («Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española», Ed. Tecnos), el cual hace abundantes referencias a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional.

(40) Vid. al respecto las consideraciones de Casado Burbano, P., en «Iniciación al Derecho Constitucional Militar», EDESA, págs. 121 y ss. También los trabajos de López Ramón antes citados contienen reflexiones de gran interés sobre el principio de neutralidad política y profesionalidad. Las limitaciones de los derechos fundamentales de los militares fueron analizadas por diversos autores en las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense en 1984, editadas por el Ministerio de Educación y Ciencia bajo el título «Libertades públicas y Fuerzas Armadas».

la función pública civil) del Ordenamiento jurídico militar cualquier norma que pueda dar pie al clientelismo político o el amiguismo en la asignación de vacantes, no sólo por la desprofesionalización y la politización que ello conllevaría, sino por su negativa influencia en la unidad y el compañerismo de los militares. La rigurosa aplicación de los principios de mérito y capacidad de los arts. 23 y 103 CE, no sólo no es perjudicial para las misiones de las Fuerzas Armadas, sino que, al contrario, sólo puede reportar beneficios para las Fuerzas Armadas y para la sociedad, que tendrá la garantía de unos Ejércitos despolitizados, profesionales y eficaces. De ahí que no pueda ampararse una limitación de la plena aplicabilidad del art. 23.2 CE en una supuesta incompatibilidad con los «altos fines» que la Norma Suprema encomienda a las Fuerzas Armadas.

¿Qué influencia puede tener este planteamiento en la normativa de provisión de destinos del personal militar profesional? Desde el momento que la neutralidad política y la profesionalidad son principios básicos del estatuto militar, es evidente que deben restringirse al máximo los instrumentos de asignación de destinos, como la libre designación, que siquiera sea de modo potencial, puedan dar entrada al «amiguismo» en la provisión de vacantes. Por esta razón, todos los destinos correspondientes a los empleos bajos e intermedios (salvo casos excepcionales y justificados) deberían ser provistos por los sistemas de antigüedad o concurso de méritos, y en los empleos más altos de la carrera militar la libre designación no tiene por qué ser el sistema general, sino una posibilidad de la que podrá hacerse uso cuando las especiales características del puesto exijan la relación de confianza que es la base de este sistema.

Puede alegarse, en contra de este razonamiento, que la «tradicional discrecionalidad» del Derecho Militar permite y ampara la extensión de la libre designación a más supuestos que los previstos en la función pública civil. Ningún reparo se puede poner a esta objeción en circunstancias de grave anormalidad (vgr., de conflicto bélico), en las que el Mando militar no debe ser sometido a la necesidad de observar determinadas formalidades para cubrir destinos, siendo lógico que en tales casos exista en esta materia una mayor flexibilidad (41). Pero en circunstancias de normalidad no hay

---

(41) Afirma, en este sentido, Hernández Orozco que en circunstancias de normalidad «la necesidad de exclusión del control jurisdiccional sería mínima», mientras que en circunstancias de anormalidad «el mando militar no parece pueda ser sometido en decisiones de esta especie a control alguno» («Notas sobre el artículo 40, apartado d), de la ley de lo contencioso administrativo», Revista española de Derecho Militar, núm. 14, pág.78).

razones convincentes para justificar una mayor discrecionalidad en la asignación de vacantes para el personal militar, con mayor motivo si se tiene en cuenta la cada vez mayor convergencia entre instituciones civiles y militares (42), que se traduce en una progresiva equiparación de las garantías jurídicas de que disfruta el personal de una y otra clase.

En este sentido, conviene recordar que la extensión de las garantías jurídicas no tiene por qué perjudicar al prestigio o la autoridad del Mando (que según algunos queda comprometida o menoscabada si se permite a los Tribunales revisar su decisión sobre la adjudicación de una vacante). Como ha señalado Trillo Figueroa, «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (43).

#### VI. LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA LEY 17/89 Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO

La ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (44), establece en los arts. 72 a 80 las normas de provisión de destinos. El art. 73 señala que los destinos, según su forma de asignación, son de libre designación, de concurso de méritos, y de provisión por antigüedad. Los destinos de libre designación se definen como aquellos «para los que se precisan condiciones personales de idoneidad que valora la autoridad facultada para concederlos». A su vez, los destinos de concurso de méritos son «aquellos que se asignan evaluando los méritos que se posean en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto». Finalmente, los destinos de antigüedad son «los que se asignan por el orden de escalafón de los interesados que cumplan los requisitos exigidos para el puesto».

Ya en una primera aproximación cabe resaltar que la ley no hace mención alguna a la «confianza personal» que es el fundamento último de la libre designación. Destaca también la vaguedad y excesiva amplitud de la

---

(42) Vid. al respecto, además del estudio de Charles C. Moskos antes citado, la célebre obra de Morris Janowitz «El soldado profesional», ed. Ministerio de Defensa, 1990, con una interesante introducción, relativa a la situación española, de Carlos Gil Muñoz.

(43) «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», REDA núm. 20, pág.31.

(44) Vid. Rodríguez-Villasante, J. L.: «La ley 17/89 de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional», REDM, núm. 54, págs. 167 y ss.

definición de los destinos de libre designación, pues en la mayor parte de las vacantes de cierta entidad puede argumentarse la necesidad o conveniencia de que quien las ocupe posea «condiciones personales de idoneidad», abriéndose de este modo la puerta a una generalización desmedida de la libre designación para las vacantes más interesantes o atractivas, de manera que queden reducidos los demás sistemas a los destinos de nivel inferior, rutinarios o de gestión burocrática. En un sistema de provisión de destinos coherente, lo lógico es que las vacantes que exijan «condiciones personales de idoneidad» se cubran mediante el sistema de concurso de méritos, a través del cual se puede acreditar y valorar de modo objetivo la concurrencia de tales condiciones personales en los aspirantes. Sin embargo, tal como está redactada la definición legal de la libre designación, el efecto que sin duda se va a producir (de hecho, como más adelante se verá, ya se está produciendo) es el desuso del concurso de méritos y el abuso de la libre designación, al ocupar este último sistema el espacio que naturalmente correspondería al primero.

Además, la ley no restringe la libre designación a los destinos correspondientes a los empleos más altos de la carrera militar, sino que, sin distinguir entre circunstancias de normalidad y anormalidad, permite en su art. 74.1 extender el sistema a todos los empleos, incluso los más bajos, sin establecer ningún tipo de previsión en el sentido de que en los empleos bajos o intermedios la libre designación sea un sistema excepcional y restringido a destinos muy concretos y específicos. De este modo, se refuerza la posibilidad de cubrir por libre designación cualquier vacante (45).

Pero más aún, el art. 74.2 señala que «los destinos que deban cubrirse mediante el procedimiento de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa de la vacante correspondiente». Este fue uno de los extremos más debatidos durante la tramitación parlamentaria de la «Ley de la función militar». Con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario «Minoría Catala-

---

(45) Durante la tramitación parlamentaria de la ley, el Grupo Parlamentario del CDS presentó una enmienda tendente a eliminar la libre designación en la elección del profesorado de los Centros docentes militares, señalando su portavoz en el Senado, Martínez Sospedra, que el profesorado debía ser reclutado siempre mediante procedimientos de mérito y capacidad y no mediante la libre designación. En la misma sesión, el portavoz de Izquierda Unida, Romero, pidió la limitación de la libre designación a los empleos de Teniente General, y de General de División o de Brigada para el mando de las grandes Unidades. Pero tales enmiendas fueron rechazadas por el Grupo Socialista, cuya portavoz, García Moreno, argumentó que la libre designación no es incompatible con el mérito y la capacidad. Vid. Diario de sesiones del Senado, 28 de junio de 1989, núm. 126.

na», a través de su portavoz, De Salas Moreno, solicitó expresamente la supresión de este número. Por su parte, el portavoz del CDS, Cavero Lataillade, pidió que la libre designación sin publicación previa de la vacante estuviera condicionada a circunstancias extraordinarias y justificadas que exigiesen esta forma de proceder, y en el mismo sentido se pronunció el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Trillo y López-Mancisidor, el cual propuso que se estableciera la obligatoriedad de expresar las razones excepcionales o de urgencia por las que se hubieran adjudicado destinos sin previa publicación. Sin embargo, las correspondientes enmiendas no fueron aceptadas por el Grupo Parlamentario Socialista, pronunciando su portavoz, Busquets i Bragulat, unas palabras que conviene transcribir por el interés que tienen en relación con la correcta interpretación de este artículo:

«...otros grupos parlamentarios insisten en su preocupación cuando se destina a alguna persona por libre elección a algún cargo que no ha sido previamente publicado. En primer lugar, este artículo no se establece obviamente para su uso normal, sino para un uso excepcional, pues parece conveniente dar a quien gobierna en el Ministerio esta posibilidad, porque puede haber casos en que la urgencia, por razones de tipo militar, lo hagan aconsejable» (46).

De este modo, se mantuvo el art. 74.2 en la redacción del proyecto de ley, pero quedó expresamente puntualizado que la libre designación sin publicación previa de vacante quedaría restringida a supuestos de «urgencia por razones de tipo militar» y no para circunstancias de normalidad.

La ley contiene dos previsiones más que aumentan la inseguridad jurídica en esta materia. La primera está reflejada en el art. 77.1, el cual establece que «los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por el Ministro de Defensa», sin que se establezca ningún requisito de carácter previo como pueda ser el trámite de audiencia del afectado. Esta regla puede ser coherente con las características del sistema de libre designación (la jurisprudencia la ha aceptado como inherente a dicho sistema), pero puede producir importantes distorsiones si la libre designación se aplica a la mayor parte de los destinos de alguna importancia.

---

(46) Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones), año 1989, III legislatura, núm. 454, donde se contienen las intervenciones de los Grupos parlamentarios a las que se ha hecho referencia.



Por otra parte, el art. 78 señala que el Ministro de Defensa podrá destinar, cesar en un destino o denegar su adjudicación «cuando las necesidades del servicio lo aconsejen», configurándose de este modo la posibilidad de que cualquier militar pueda ser eventualmente destinado a cualquier puesto. Ciertamente, las «necesidades del servicio» constituyen un concepto jurídico indeterminado, controlable por los Tribunales de Justicia, pero no cabe duda de que esta regla, establecida una vez más sin distinguir entre circunstancias de normalidad y anormalidad, atribuye a la Administración poderes amplísimos y en la práctica difícilmente fiscalizables.

La vaguedad e indefinición de los preceptos de la ley 17/89 no han sido paliadas por las normas reglamentarias de clasificación y provisión de destinos del personal militar profesional, aprobadas por Orden Ministerial 120/93 de 23 de diciembre, B.O.D. 253. Al contrario, se ha añadido un nuevo supuesto, que pudiera denominarse de «libre designación encubierta», que es el contemplado en el art. 36, el cual establece que «al personal de nuevo ingreso en una Escala se le podrá asignar destino, sin que medie la previa publicación de aquellas vacantes que se consideren más idóneas para el mismo, atendiendo a la antigüedad, preferencias y requisitos específicos». Dicho sea de otro modo, al personal de nuevo ingreso se le podrá destinar a cualquier vacante de su empleo si así se considera oportuno. Es fácil comprender el riesgo potencial de arbitrariedad que implica esta regla, pues no se establece ninguna indicación o límite para designar qué destinos se reservan para el personal de nuevo ingreso, con lo que podrán ser destinados tanto a las peores vacantes como a las más solicitadas, sin pasar en este último caso por el proceso previo de pedir las en concurrencia con otros aspirantes más antiguos.

Este artículo es, además, difícilmente compatible con la clara y terminante redacción del art. 74.2 de la Ley 17/89, el cual establece que «las vacantes se publicarán en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», configurando una obligación legal de publicar todas las vacantes, sin otra excepción que los destinos de libre designación (entre los que no pueden ni deben incluirse los del personal de nuevo ingreso, salvo que queramos desnaturalizar definitivamente todo el sistema). La ley pudo haber previsto que el personal de nuevo ingreso fuera destinado directamente sin publicación previa de las correspondientes vacantes, pero no lo hizo, al contrario, señaló de modo tajante que todas las vacantes deben ser publicadas. Por ello, la regla del art. 36 de la O.M. 120/93 plantea serias dudas de legalidad.

Con este marco legislativo, no es de extrañar que la realidad actual de las convocatorias de vacantes y adjudicaciones de destinos pueda resumirse en los siguientes términos:

— La libre designación, lejos de ser un sistema excepcional, es habitual, no sólo en los altos empleos de la carrera militar, sino también en los intermedios y bajos. Más aún, en los destinos correspondientes a los empleos de Oficiales Superiores (Coronel, Tte. Coronel y Comandante) la mayor parte de las vacantes se adjudican mediante este sistema.

— La adjudicación de destinos mediante libre designación sin publicación previa de la vacante tampoco es excepcional, al contrario, en algunos Organos es usual cubrir las vacantes de este modo, sin que puedan apreciarse razones de «urgencia de carácter militar» que lo justifiquen.

— El concurso de méritos es un sistema residual que apenas se utiliza.

— No existe ningún criterio objetivo en cuanto a cuál deba ser la forma de cubrir cada vacante, y así, puede observarse que vacantes idénticas se publican en ocasiones para su cobertura por libre designación, y sin embargo en otras se publican por el sistema de antigüedad.

— Es también relativamente frecuente la publicación de vacantes «ad personam», es decir, vacantes en las que se fijan unas condiciones y requisitos específicos, diseñados en función del candidato en el que se ha pensado para cubrir el puesto antes de la publicación de la vacante. De este modo, vacantes análogas son ofrecidas con requisitos diferentes según a quien se quieran adjudicar. La consecuencia de esta forma de proceder es que la publicación se convierte en un mero formalismo, ya que, en estos casos, de antemano se sabe a quién se va a adjudicar el puesto, con independencia de quienes sean los peticionarios, lo cual obliga a realizar frecuentemente un proceso de «indagación» antes de pedir un destino, a fin de saber si está o no previamente adjudicado.

— En algunas ocasiones el ejercicio del derecho de petición se ha utilizado para conseguir destinos «por razones humanitarias», ignorando e incluso contradiciendo las normas reglamentarias de provisión de vacantes, a pesar de la reiterada jurisprudencia que señala que no procede el derecho de petición en materias regladas como esta, e insiste en que el derecho de petición no puede utilizarse como medio para eludir las normas, no siendo posible conceder por derecho de petición lo que por medio de instancias y recursos no es posible conseguir.

El resultado de esta situación es una cada vez mayor inseguridad jurídica para los militares, que no saben si una vacante se va a publicar o no, desconocen con qué requisitos y condiciones se va a publicar, ignoran cuál

va a ser su forma de provisión, y carecen de criterios objetivos para albergar expectativas de que vayan a ser los adjudicatarios de las vacantes que pidan. Es fácil imaginar el daño que este estado de cosas puede producir en la moral y el compañerismo de los profesionales de la milicia, y en la unidad de los Cuerpos y Escalas.

## VII. PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROVISION DE VACANTES

Por todo lo anteriormente expresado, debe concluirse que es necesario proceder con urgencia a una reforma de las bases sobre las que se está desarrollando la política de provisión de vacantes del personal militar profesional, desterrando de modo decidido la incertidumbre y la inseguridad jurídica que actualmente produce el sistema, y que tanto están afectando a las perspectivas de carrera de los militares. Tal reforma podría estar presidida por los siguientes principios:

— La libre designación debe ser un sistema verdaderamente excepcional, restringido a los destinos próximos a las Autoridades políticas (vgr., los Gabinetes de Ministros y Secretarios de Estado) o en que se requiera un nivel especial de confianza en el adjudicatario de la vacante (vgr., determinados destinos en el Organo Central o en los Estados Mayores).

— Dicha excepcionalidad debe ser aún más restringida en los empleos bajos e intermedios de la carrera militar, cuyos destinos deben ser cubiertos por el sistema de antigüedad o, en su caso, por concurso de méritos.

— La adjudicación de destinos por libre designación sin previa publicación de la vacante únicamente podrá utilizarse por razones de urgencia basadas en consideraciones de carácter militar.

— Las vacantes de similares características deben ser cubiertas mediante el mismo sistema, exigiéndose en todos los casos los mismos requisitos a sus eventuales peticionarios (salvo que expresamente se acredite la necesidad objetiva de fijar requisitos específicos en algún caso) y eliminando la publicación de vacantes «ad personam».

— Debe potenciarse la utilización del concurso de méritos, de manera que deje de ser un sistema prácticamente inaplicado para convertirse en algunos destinos (vgr., Profesorado de las Escuelas y Academias militares, hospitales militares, destinos de la jurisdicción militar) en el sistema general.

— Las normas de provisión de destinos deberían diferenciar las situaciones de normalidad de las de anormalidad, estableciendo para estas

últimas sistemas abiertos y flexibles, no aplicables en supuestos de normalidad.

En su conocida obra «Derecho Administrativo», Prosper Weil nos recuerda que «la conquista del Estado por el Derecho es relativamente reciente y no está aún universalmente alcanzada»<sup>47</sup>. La lucha entre la razón de Estado y la razón jurídica se muestra de modo particularmente intenso en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en las que hasta hace poco tiempo reclamar la observancia de la Ley y el Derecho se consideraba contrario a la eficacia y la disciplina. Sin embargo la contraposición entre la eficacia y la disciplina, por un lado, y la Ley y el Derecho, por otro, carece de sentido. Tanto más disciplinado y eficaz será un Ejército cuanto mayor cuidado se ponga en que el Ordenamiento Jurídico se aplique con rectitud, extremo este que no debería olvidarse nunca en una materia tan importante para la carrera militar como es la relativa a la asignación de destinos.

---

(47) Publicada en España por Civitas, 1.<sup>a</sup> edición, 1986. La cita es de la página 36 de la reimpresión de 1989.

## LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LA NUEVA NORMATIVA MILITAR (\*)

Eloy-Manuel López García  
*Licenciado en Derecho*

«Pues, si el delito es un hecho engendrado por elementos de orden perfectamente natural, que se combina de una determinada manera para producirlo, y no es el efecto de la mera voluntad del agente, quien no viene a ser otra cosa que la víctima de esos elementos, parece llano que se atribuya, que se ponga en cuenta, que se *impute*, no al individuo que lo ha realizado y que no ha sido el *autor* del mismo más que en apariencia, sino a aquellas causas naturales de que deriva y en las que todos tenemos más o menos parte».

PEDRO GARCÍA-DORADO MONTERO  
*El derecho protector de los criminales, 1916.*

I. INTRODUCCION: 1. LEGISLACION PENITENCIARIA MILITAR, 2. EL DERECHO PENITENCIARIO MILITAR.—II. EL SIGNIFICADO DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS: 1. BREVE REFERENCIA HISTORICA. LA SUPERACION DEL SISTEMA PROGRESIVO Y LA SUPRESION DE LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO, LA NUEVA FIGURA PARA LA OBTENCION DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS: EL CONFIDENTE: SU REGULACION ACTUAL Y FUTURA EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992. 2. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO: ¿SISTEMA PROGRESIVO O DE INDIVIDUALIZACION CIENTIFICA?, 3. TRATAMIENTO Y REGULACION DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS.—III. LA LIBERTAD CONDICIONAL: SU ADELANTAMIENTO: 1. REGULACION ACTUAL. 2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO. 3. EL SIGNIFICADO DEL ADELANTAMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.—IV. EL INDULTO PARTICULAR: 1. REGULACION. 2. EL INDULTO COMO CAUSA DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL; DERECHO DE GRACIA. 3. EL INDULTO PENITENCIARIO.—V. LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA. 2. REGULACION. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA VINCULACION DEL GOCE DE LA REDENCION A LA IMPOSICION DE LA PENA DE SEPARACION DEL SERVICIO. 3. PROBLEMATICA PLANTEADA POR LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO.—VI. CONCLUSIONES

---

(\*) Las conclusiones de este trabajo fueron expuestas por su autor en el VI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y celebrado en esa ciudad los días 16 al 18 de marzo de 1994.

## I. INTRODUCCIÓN

La publicación del Real Decreto 1396/1992, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares parece que ha puesto punto y final a la reforma operada sobre la legislación militar española, cuyo antecedente normativo inmediato lo constituye la Ley Orgánica 9/1980 (1), de 6 de noviembre, tributaria de los Pactos de la Moncloa, en concreto, de los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política de 27 de diciembre de 1977 (2). Esa reforma se ha materializado en las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar; 1/1986, de 8 de enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas; 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y en la 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

El artículo 348 de la Ley Procesal Militar establece el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por Tribunales militares, en el que destaca para nuestro interés, su párrafo segundo, cuya literalidad es la siguiente:

«Las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares de acuerdo con el citado artículo 42, se cumplirán conforme a lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que se inspirará en los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria acomodados a la especial estructura de las Fuerzas Armadas y con observancia en todo caso de las sanciones previstas en los cinco primeros apartados del artículo 42 de dicha Ley» (3).

---

(1) Vid., la recopilación de artículos publicados en la *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, nº 481, 1981, págs. 51 y ss., bajo el título «Reforma del Código de Justicia Militar»: Para lo que se refiere a la modificación de las leyes penales militares, Vid. MILLÁN-GARRIDO, A.: «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40, 1982, págs. 195 a 231.

(2) En el punto VII, titulado «Código de Justicia Militar», de esos Acuerdos se establecían los objetivos de política legislativa tendentes a llevar a cabo una reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar para adaptarla a las nuevas exigencias provenientes de la nueva realidad democrática.

Vid. MILLÁN-GARRIDO, A.: Prólogo a la primera edición del *Código penal militar y legislación complementaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 13-14.

(3) Su párrafo primero estatuye, como no podría ser de otra forma, que «Las penas privativas de libertad se ejecutarán con la duración y régimen de cumplimiento previstos

En esta importante remisión habrá de basarse todo lo que digamos, en lo sucesivo, sobre el régimen penitenciario militar. Sin olvidar, no obstante, la dificultad añadida que representa tratar la cuestión que planteamos, dada la práctica inexistencia de estudios jurídicos o compilaciones normativas sobre el particular, que sean pródromo de un trabajo de mayor enjundia. Quizá sea éste el único mérito del presente, si tiene alguno: el construir sobre el vacío, la dispersión y el anonimato que ha caracterizado al Derecho penitenciario hasta hace bien poco, problemas que se agravan al tratar del Derecho penitenciario militar (4) y (5).

### 1. *Legislación penitenciaria militar*

La legislación penitenciaria militar, hasta el momento de la promulgación del Real Decreto de 1992 (6), estaba constituida por el Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares; la Orden de 23 de julio, 45/1987, del Ministerio de Defensa, por la que se dicta la Instrucción Penitenciaria Militar; la Orden 44/1988 del mismo Ministerio, de 30 de mayo, que modifica aquella Instrucción, en el sentido de entender referidas al Juez Togado Militar Territorial las alusiones que hacía la Instrucción al «Capitán General de la Región o Zona marítima de quien dependa el Establecimiento»; y por último, la Orden 29/1989, de 28 de marzo, que deroga la anterior y establece que se entenderán hechas al Juez Togado Militar Territorial al que en cada caso se atribuyan las funciones de vigilancia penitenciaria, las referencias de la Instrucción Penitenciaria Militar al Capitán General de la Región o Zona Marítima de que se trate.

---

en la legislación penal y penitenciaria común cuando estas penas deban cumplirse en establecimientos penitenciarios comunes, con observancia del artículo 42 del Código Penal Militar.»

(4) El primer autor que conozcamos se haya ocupado de manera sistemática de la legislación penitenciaria militar es FEDERICO CASTEJÓN, en su *La Legislación Penitenciaria Española*, Manuales Reus, vol. XVIII, Ed. Reus, Madrid, 1914, págs. 429 a 438. Este autor recoge la referencia a la legislación penitenciaria militar dentro del capítulo III de su obra, dedicado a los «Tratamientos penitenciarios especiales por razón de: 6.ª La profesión: *la milicia*».

(5) *Vid.* para conocer la historia del Derecho penitenciario militar la obra de GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, págs. 771 a 835.

(6) Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, BOE núm. 305, de 21 de diciembre.

No existe ni ha existido normativa con rango de ley que en el ámbito militar regule la materia penitenciaria. Ello ha llevado a la doctrina (7) a pedir con insistencia la promulgación de esa ley, llamamiento que el legislador ha desoído publicando un nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. En el pequeño preámbulo que acompaña a la Instrucción Penitenciaria Militar, se dice hallarse muy avanzados los estudios tendentes a la confección de un nuevo Reglamento, que tenga como base a la Ley Orgánica General Penitenciaria. Con ello, el legislador parece contentarse con trasplantar el marco de la legislación penitenciaria común al ámbito militar, como ya se adelanta en el artículo 348 (8) de la Ley Procesal

---

(7) *Vid.*, GARCÍA VALDÉS, C.: *Op. cit.*, págs. 772 y 773 que se decanta decidido partidario de la promulgación de una Ley orgánica para regular la materia, que recoja las normas fundamentales relativas al estatuto jurídico del penado, preso o detenido militar y los objetivos y funciones a cumplir por la Administración penitenciaria militar. Ley ésta que habrá de tener en cuenta dos importantes cuestiones:

1.<sup>º</sup> No deben existir grandes diferencias regimentales entre los establecimientos comunes y militares.

2.<sup>º</sup> El estatuto que se adopte para regular las Instituciones penitenciarias militares no debe diferir de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa.

En el mismo sentido *vid.*, GARCÍA BALLESTER, P.: «La legislación Penitenciaria militar y el posible Juez Togado de Vigilancia Penitenciaria», *Memoria de la Fiscalía militar, año judicial 1984-85*, pág. 73 que argumenta cómo la mención del art. 25.2 de la Constitución a una *ley penitenciaria*, no cabe reducirla a la L.O. 1/1979 General Penitenciaria, ya que de su texto se deduce que conforma un código de procedimiento para la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por tribunales ordinarios, no para la impuestas por tribunales militares, de ahí que se omita toda referencia a la estructura propiamente militar en sus relaciones de servicio, con alusión expresa a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (hoy Secretaría de Estado para Asuntos Penitenciarios). La necesidad de una ley penitenciaria militar acarrea la de los establecimientos penitenciarios militares, en los que habrán de cumplirse los postulados constitucionales atemperados a la institución militar.

Expresamente en contra *Vid.*, ESQUIVIAS LÓPEZ-CUERVO, A.: «La reforma de régimen penitenciario militar», *Revista General de Derecho*, núms.517-518, oct.-nov. 1987, pág. 5714. Sostiene que la regulación que se haga de la materia penitenciaria militar no ha de revestir necesariamente el carácter de orgánica, atendiendo a que en este ámbito no se regulan ni desarrollan derechos y libertades fundamentales y a que los derechos y libertades del condenado están limitados no por la aplicación de la legislación penitenciaria, de naturaleza administrativa según él, sino por aplicación de normas sustantivas a lo largo del proceso que culminó en sentencia condenatoria.

(8) *Vid.*, para una visión somera de conjunto sobre este artículo, LORCA NAVARRETE, A. M.: *Comentarios a la Ley procesal militar*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, págs. 386 y ss. Criticando la afirmación de Lorca a propósito de que el cumplimiento de las penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios refleja una situación de aforamiento *vid.* LÓPEZ GARCÍA, E. M.: «El Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria: su nueva presencia en la Justicia militar», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 245, 1991, pág. 17.



Militar, reduciendo a una expresión mínima, quizá insuficiente, los valores peculiares que dan significación a la legislación militar (9).

## 2. *El Derecho penitenciario militar*

La denominación *Enciclopedia de las Ciencias Penales* (10), con contrastado abolengo en la doctrina, viene referida al conjunto de disciplinas que se ocupan del delito, del delincuente y de la pena, con la virtualidad de reunir en un todo las materias dedicadas al estudio del crimen, su autor y los medios implicados en la lucha contra el primero. Por tanto, dentro de ella se sitúa el Derecho penitenciario, muchas veces confundido con la Ciencia Penitenciaria. Por Ciencia penitenciaria se entiende aquella que, partiendo de los principios de la Ciencia Penal, de la que forma parte, y ayudada de las ciencias auxiliares, desarrolla la teoría de la ejecución de las penas privativas de libertad desde una perspectiva especulativa o filosófica (11).

El Derecho penitenciario está privado, aunque indudablemente se asienta en la ciencia de su nombre, del referido carácter teórico para conformar una proyección histórico-positiva, con el fin de estudiar el conjunto de normas jurídico-penales pasadas, presentes y futuras tendentes a regular la ejecución de las penas privativas de libertad (12), es decir, y mirando a su contenido, el Derecho penitenciario puede entenderse como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad (13).

---

*Vid.*, sobre los requisitos de la ejecución de las penas privativas de libertad, ROJAS CARO, J.: *Derecho Procesal Penal Militar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 523 y ss.

(9) Al Derecho militar se le ha definido como aquel «conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la patria», DE QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, t. I, Madrid, 1946, pág. 18.

(10) Esta expresión fue acuñada por el ilustre penalista D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA en su *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, 3.ª ed., tomo I, Buenos Aires, 1964, págs. 87 y ss.

(11) *Vid.*, PÉREZ DÍAZ, A.: «El Juez de Vigilancia. Su posible reflejo en el nuevo Código de Justicia Militar», inédita, Granada, 1980, pág. 2.

(12) *Cfr.* PÉREZ DÍAZ, A.: *Op. cit.*, *ibídem.*

(13) *Vid.*, GARCÍA VALDES, C.: «Derecho penitenciario español: notas sistemáticas», *Lecciones de Derecho penitenciario (comps.)*, Ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares. Facultad de Derecho-ICE, mayo 1984, Ed. Universidad de Alcalá de Henares, 2.ª ed., Salamanca, 1989, pág. 37. También en el mismo sentido, *Vid.*, GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia penitenciaria*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid-Edersa, Madrid, 1983, pág. 6.

Sin embargo, aunque minoritariamente, se ha dicho que no hay diferencia entre Ciencia y Derecho penitenciario, puesto que esta dualidad proviene de M. Bujon, «La science penitentiaire au Congrès de Stokolen», que utilizó ambos términos sin hacer distinciones de lo que fuera una o el otro (14).

Si hemos dicho que el Derecho penitenciario se ocupa de la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, resulta interesante la distinción entre *ejecución de la sentencia penal* y *ejecución de la pena*, esto es, entre *ejecución* y *cumplimiento* (15). El cumplimiento de la condena supone una regulación y una actividad administrativa (penitenciaria); por tanto, no procesal. De ahí, que la actividad penitenciaria esté constituida por los actos de los órganos del Estado que tienen a su cargo la realización de las penas conforme a las resoluciones de ejecución del órgano jurisdiccional. Y que la actividad procesal de ejecución se halle conformada por los actos de los órganos judiciales competentes destinados a *promover la condena, de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (16).

Sin poner en duda la existencia de un Derecho penitenciario militar (17) al lado del común, con lo dicho podemos concluir que ese Derecho se caracteriza por dos notas distintivas: una, el estudio de la aplicación y ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a militares; y otra, el cumplimiento de esas penas en establecimientos penitenciarios militares.

---

(14) Vid., CANO MATA, A.: «Derecho Administrativo penitenciario: protección al recluso», *Revista de Administración Pública*, nº 76, 1985, pág. 31.

(15) Cfr., GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Aagesa, 10.ª ed., Madrid, 1987, pág. 375.

(16) En cuanto a la diferencia entre *ejecución* y *cumplimiento*, Vid., CANO MATA, A.: *Op. cit.*, pág. 33; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «La problemática actual del Juez de Vigilancia», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 232-235, 1981, pág. 9; MATA TIERZ, J. M.: «Competencia en el cumplimiento de las penas de privación de libertad», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 178-179, 1967, pág. 404; ROJAS CARO, J.: *Op. cit.* págs. 515 a 517.

Sobre el problema suscitado en torno a la autonomía del Derecho penitenciario, que surge con la constatación de la capacidad de producción de normas jurídicas relativas a las penas y a los derechos de los penados, Vid., NOVELLI, G.: «L'autonomia del Diritto penitenziario», *Rivista di Diritto penitenziario*, 1933, pág. 7; BUENO ARÚS, F.: «Sobre la autonomía del Derecho penitenciario», *Estudios penales y penitenciarios*, Madrid, 1981, págs. 121 y ss.; ZAPATERO SAGRADO, R.: «Cuestiones sobre Derecho penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 208-211, 1975, págs. 161 y ss.

(17) Así lo afirma, tajantemente, GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar...», *Op. cit.*, pág. 772.

Esta última cuestión, aunque parezca simple, no es baladí. Podría preguntarse dónde han de cumplir los civiles condenados por Tribunales militares las penas privativas de libertad impuestas por éstos.

Está claro que la competencia establecida para la jurisdicción militar tiene un carácter objetivo. Conocerá, con independencia del autor, de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar; de los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley orgánica que lo regula; de los señalados por tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de fuerzas o unidades españolas de cualquier ejército y cuando, concurriendo las anteriores circunstancias y no existiendo tratados, acuerdos o convenios aplicables, estén tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea español y se cometan en actos de servicio en los lugares o sitios que ocupan fuerzas o unidades españolas (18).

El artículo 357 de la Ley Procesal Militar, convierte la competencia del Juez militar de vigilancia penitenciaria en subjetiva, cuando se refiere a que las atribuciones del mismo se extiende a todos los que cumplan pena en establecimiento penitenciario militar. Hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento de 1992 la cuestión venía resuelta en el artículo 1º del anterior de 1978 al determinar que los establecimientos penitenciarios militares son dependencias destinadas al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas al personal de las Fuerzas Armadas en los casos en que, con arreglo a lo prevenido en la legislación vigente, deban extinguirse en establecimientos de esta clase (19).

Pero el vigente Reglamento no determina la cuestión y nada dice al respecto. Puede parecer que no hay ningún inconveniente en que un condenado civil pueda extinguir su pena en establecimiento militar. Lo cierto es que el sistema de referencia respecto al Reglamento civil de 1981 que acoge el nuevo de 1992, no parece plantear problemas ya que los fines son los mismos, e incluso los medios que se articulan muy parecidos. Pero indudablemente, estamos forzados a negar tal posibilidad por pura lógica interna. Hemos defendido la necesidad de una ley penitenciaria militar por las especiales características de la institución militar y son los mismos argumentos los que nos inducen a negar la posibilidad que planteamos.

---

(18) Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *et al.*: «El proceso militar», *Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed (hay posterior edición), Valencia, 1988, pág. 740.

(19) Cfr. LÓPEZ GARCÍA, E. M.: *Op. cit.*, pág. 21.

Porque, quiérase o no, la legislación militar es especial, y posee todos los aditamentos de tal condición que impiden que un civil pueda, pongamos por caso, someterse a la instrucción militar.

## II. EL SIGNIFICADO DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

1. *Breve referencia histórica. La superación del sistema progresivo y la supresión de la redención de penas por el trabajo. La nueva figura para la obtención de beneficios penitenciarios: el confidente: su regulación actual y futura en el Anteproyecto de Código Penal de 1992.*

A pesar de la relativa corta historia de la pena privativa de libertad, no faltan voces que se alzan para señalar la crisis por la que atraviesa la prisión. La cárcel como pena, en España, hay que situarla a finales del siglo XVIII, en el momento en que se exportan a Europa los sistemas penitenciarios puestos en funcionamiento en los Estados Unidos. Hasta ese momento, la prisión había servido como lugar de custodia de los reos para preservarlos físicamente con el único fin de llevarlos ante el tribunal. La prisión, así entendida, es el paso previo a la extinción física (20).

Debido a la inoperancia de las penas impuestas para poner coto a la criminalidad, significativamente la de muerte, a finales del siglo XVIII se puede radicar la aparición de la privación de libertad como auténtica pena (21), convirtiéndose a partir de entonces, en elemento básico del sistema represivo (22).

---

(20) *Vid.*, sobre la historia de la prisión y del derecho penitenciario BUENO ARÚS, F.: «Historia del Derecho penitenciario español», *Lecciones de Derecho penitenciario*, Ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho-ICE, mayo 1984, Ed. Universidad de Alcalá de Henares, 2.ª ed., Salamanca, 1989, págs. 7 y ss, con abundante bibliografía sobre el particular.

(21) *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, C.: «El nacimiento de la pena privativa de libertad», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, págs. 23 y ss.

(22) Es interesante trazar, siquiera sea brevemente, la evolución de las formas punitivas tal como lo hace MICHEL FOUCAULT, para a través de ellas determinar el orden en que se asientan las sociedades contemporáneas, cuál es el «poder» y sus relaciones con el «saber». Es en la prisión donde se manifiesta el ejercicio del poder de forma primaria, desnuda y, por tanto, donde se puede escudriñar sobre su táctica, su estrategia, la forma de ejercerlo.

FOUCAULT se pregunta si obedeceríamos a un poder que sólo fuera represivo. Lo que nos hace sumisos no es la parte negativa del poder, sino todo lo que se manifiesta en su positividad. A las formas en que se ejerce el poder en las sociedades actuales las denomina con el nombre de disciplinas, que son el «procedimiento técnico unitario por el cual

En 1901 se adoptó en España el sistema progresivo (23) que no es sino una réplica europea de los sistemas americanos de Filadelfia y Auburn. Sus precursores se esforzaron en dar a la pena privativa de libertad un carácter reformador, de manera que el trabajo y la buena conducta fueran disminuyendo la gravedad de la sanción, hasta incluso adelantar el cumplimiento definitivo. El esquema seguido consiste en una serie de grados, por los que tendrá que pasar el recluso, que comienzan con el de mayor rigor hasta llegar a la libertad condicional, poniéndose en manos del interno la posibilidad de acceder con mayor o menor rapidez al licenciamiento definitivo, en función de su comportamiento y conducta.

Pero esa transformación no ha sido suficiente y la más reciente doctrina, influida por la Criminología Crítica, mantiene opiniones contrarias a la prisión (24), proponiendo la despenalización y su sustitución por fórmulas satisfactorias de tratamiento en libertad (25).

No ha sido este el camino que ha seguido la legislación penitenciaria en España, que recoge la formulación constitucional y proclama el principio de la resocialización del delincuente como fin de la ejecución penal, con base en una noción mínima de tratamiento, entendido como el proceso por el que se «pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades.» (26).

---

la fuerza del cuerpo es reducida con el mínimo gasto, como fuerza política y maximizada como fuerza útil» (*Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978, pág. 224).

Las disciplinas son por completo ajenas a la ley, son más bien un contraderecho, son lo que invalidan las libertades formales proclamadas en las constituciones. Aquí se halla el nacimiento de la prisión, en el punto en que se realiza «la torsión del poder codificado de castigar en poder disciplinado de vigilar» (*ibidem*, pág. 226). Si la prisión se convierte en pena principal «porque era la forma concentrada, ejemplar, simbólica, de todas las instituciones de secuestro creadas en el siglo XIX ... En el gran panoptismo social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo. La prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza» (*La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980, pág. 139). También del mismo autor, *Microfísica del poder*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1978.

(23) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Introducción a la Penología*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, pág. 104.

(24) Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El sistema penitenciario: reforma o abolición», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, mayo-junio, 1983, págs. 27 y ss.

(25) Cfr., GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Ed. Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, págs. 21 y ss.

(26) Art. 59.2 de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria y art. 237 del Reglamento Penitenciario.

Muy a pesar de haberse hablado del «universal fracaso histórico» de la pena privativa de libertad, con su repercusión evidente en el ámbito del Derecho penal material que pone en entredicho el fundamento de sus sanciones (27) y su carácter de *ultima ratio*, no es menos cierto que ese tipo de pena sigue siendo el eje sobre el que gira el sistema punitivo de los diversos sistemas penales, a más de ser el único instrumento práctico para alejar de la sociedad a aquellos sujetos nocivos y peligrosos que han puesto en grave peligro la vida bajo un determinado sistema organizativo.

Pero, para que la pena de prisión pueda seguir siendo aplicable en la sociedad actual es necesario que se organice sobre bases nuevas, cuales son (28):

1) *La humanización de la ejecución*, en el sentido de no limitar otros derechos que los imprescindibles, no aplicando normativas rígidas que aumente el rigor que ya de por sí posee la privación de libertad. Consiste en humanizar las prisiones, dando un sentido educativo a la ejecución de la pena, de la forma en que ha sido definida por las *Reglas Mínimas de Ginebra para el Tratamiento de los Reclusos* (1955).

2) *La reforma del delincuente*, en la que hace énfasis la regla 58 de las antes mencionadas: «El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.»

Este es el marco general en que han de insertarse los beneficios penitenciarios, en el intento de superar el sistema progresivo y mecánico que hace pasar al interno por todos y cada uno de sus grados antes de acceder al de semilibertad; y a la vez, sustituir el instituto de la redención de penas por el trabajo, con una marcada finalidad derivada de la Guerra Civil.

Pero no es ese, inscrito en la más pura Ciencia Penitenciaria, el único sentido de los beneficios penitenciarios. También se han invocado para conferir a la lucha contra la criminalidad un sentido de mayor eficacia, en un camino que nada tiene que ver con la reeducación y la reinserción

---

(27) Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal, parte general*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1984, págs. 44 y 45.

(28) Vid., GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual ...*, *Op. cit.*, págs. 13 y ss.

social del artículo 25.2 de la Constitución. El primer paso dado en este sentido lo conforma el actual artículo 57 bis b) (29) del Código Penal, que crea la figura del *colaborador con la justicia* (30) para los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, lo que puede suponer al *colaborador* la remisión total de la condena, o una rebaja de la pena en uno o dos grados a la fijada por la Ley, amén de no aplicársele la agravación genérica del artículo 57 bis a), siempre que la colaboración sea eficaz para obtener pruebas, o se haya evitado o disminuido una situación de peligro, o bien se haya impedido un resultado dañoso (31).

En el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (32) se recoge la figura en el artículo 67 para el caso de delitos relacionados con el terrorismo, sustancialmente idéntico al actual 57 bis b), y se amplía, en el 354, para los delitos, denominados genéricamente, de tráfico de drogas (33). El artículo 355 del mismo Anteproyecto determina que los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las Sentencias dictadas por cualquiera de los delitos referidos al tráfico de drogas.

---

(29) Artículo introducido en el CP por L.O. 3/1988, de 25 de mayo.

(30) En contra de esta figura expresamente, RUIZ VADILLO, E.: «Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente», *Poder Judicial*, 2.ª época, núm. 25, 1992, págs. 86 y ss.

(31) Sobre la figura del Confidente *vid.*, VELASCO NÚÑEZ, E.: «El confidente», *Diario La Ley*, Madrid, martes, 20 de julio de 1993. Consideramos errónea la afirmación de este autor en el sentido de que en el art. 67 del Anteproyecto de CP de 1992 se establece la figura del confidente para todos los delitos en general. Su instauración está limitada a los delitos de terrorismo.

(32) Edición publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, págs. 33, 34, 109 y 110.

(33) Hay que criticar lo asistemático de la acogida de la figura del confidente, y su parquedad misma. Decidida la introducción en nuestro ordenamiento de la mentada figura, hubiera sido preciso regularla por una sola vez en la Sección 1ª del Capítulo II del Título dedicado a las penas, esto es, dentro de las *Reglas generales para la aplicación de las penas*, extendiéndola a cualquier tipo de organización delictiva, no reducida sólo a las bandas terroristas o de narcotraficantes, como si ésta fuera la única delincuencia peligrosa. Téngase en cuenta que la delincuencia actual posee tales caracteres de complejidad que obliga a la participación de varios elementos bajo una forma estructurada, sobre el tema *vid.*, HERRERO HERRERO, C.: *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*. Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1992.

## 2. *El Tratamiento penitenciario: ¿Sistema progresivo o de individualización científica?*

El sistema que acogía el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de 1978 era el progresivo, impuesto en España por Real Decreto de 3 de junio de 1901, que lo denominaba de «cumplimiento de condenas con sujeción al sistema progresivo irlandés». En concreto, la Sección II, del Capítulo II del Título IV, dedicado al régimen de ejecución de las penas y correctivos, se titula precisamente «Sistema progresivo». El artículo 78, que encabeza dicha sección, establece que la ejecución de las penas privativas de libertad se dividirá en cuatro períodos, que señalarán otras tantas etapas en la reeducación del penado y su preparación para la vida en libertad. Los sucesivos artículos detallan pormenorizadamente las características de cada uno de los períodos hasta llegar al cuarto, el de libertad condicional.

A pesar de que este Reglamento es relativamente reciente, no aparecen en él referencias a la novedosa noción de tratamiento, rémora que adquirió del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 del que es tributario (34). En él hay, al igual que en el de 1956, una aspiración de corrección, propia del sistema progresivo que acoge, como hemos visto, expresamente. Por una parte, se mantiene la componente aflictiva, retribucionista de la pena, a la vez que se fomenta la motivación para la consecución de un encarcelamiento más benigno, con la promesa de un adelantamiento de la libertad a cambio de buena conducta. No se recogen, por tanto, en este Reglamento de 1978 las innovaciones que se propiciaron con el Decreto 162/1968 (35) que supone una profunda reforma del anterior sistema progresivo.

La evolución del Derecho penitenciario militar queda aquí paralizada, para adquirir todo el acervo del Derecho común con el nuevo Reglamento de 1992, por lo que se puede aplicar al Derecho militar lo que se dirá más adelante. Otra cosa bien distinta es que se puedan aplicar esos principios, sin más, a la esfera militar.

---

(34) El Reglamento de 1978 se estructuró sobre los principios provenientes del de los Servicios de Prisiones de 1956, quedando diseñado con las líneas operativas del Reglamento para el Régimen y Gobierno interior de las prisiones de Madrid, de 21 de octubre de 1909. Tiene influencias también del Reglamento de la Penitenciaría Naval Militar de Cuatro Torres, de 19 de septiembre de 1889; y del de la Penitenciaría Militar de La Mola, de 21 de octubre de 1909, con lo que se hace patente su carácter mixto militar-civil. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar...», *Op. cit.*, pág. 834.

(35) Sobre el particular *vid.*, ALARCÓN BRAVO, J.: «El tratamiento penitenciario», *Estudios Penales, II*, Ed. de la Universidad de Santiago de Compostela, 1978.



El Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio (36), junto al anteriormente citado de 1968, propicia la transformación del sistema progresivo en el llamado de *individualización científica*, que se caracteriza por no exigir que el penado deba recorrer todos los grados atendiendo a unos criterios objetivos, referidos a tiempo y comportamiento. Lo decisivo en este nuevo sistema es el pronóstico, que colocará al interno en el grado que, conforme a él, le corresponda (37) (38).

### 3. TRATAMIENTO Y REGULACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

El problema de los beneficios penitenciarios puede tratarse —al igual que otras instituciones jurídicas— desde dos puntos de vista: el primero, con una perspectiva teorizante y filosófica, consistiría en analizar la figura buscando su incardinación dentro del sistema penal en general, y determinando teleológicamente cuál es su finalidad. Desde otro prisma, se abordaría la problemática que suscita su aplicación concreta al caso particular para orientar sus logros.

El ángulo formalista nos exige la comprobación del significado de los beneficios y del sentido en que son utilizados, cosa que ya hemos apuntado *supra*, y que supone la clara decantación que el legislador español a efectuado por las medidas «penitenciaristas», frente a las estrictamente judiciales (39) que hoy quedan reducidas al arresto domiciliario, la reclusión

---

(36) *Vid.*, GARRIDO GUZMÁN, L.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de I. Penitenciarias», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, 1977, págs. 218 y ss.

(37) Sobre los problemas que este nuevo sistema plantea en cuanto a la determinación de la pena *vid.*, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Individualización científica y libertad condicional*, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 13 y ss.

En relación al problema de la resocialización *vid.*, MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 7, 1979, págs. 91 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, págs. 645 y ss.

(38) Sobre el concepto de «Tratamiento» puede verse el trabajo exhaustivo de HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, Ed. Instituto de Estudios de la Policía, Madrid, 1985, págs. 23 a 49.

(39) El Proyecto, ya fenecido, de C. P. de 1980 ampliaba considerablemente las posibilidades de sustitutivos judiciales de las penas privativas de libertad, así en sus arts. 91 a 102 recogía la suspensión del fallo, la suspensión de la pena, arresto de fin de semana, la sustitución de la pena por multa.

judicial y la condena condicional (40), lo que lleva a preguntarnos si los beneficios penitenciarios son en realidad, la renuncia a la prevención general frente a las exigencias de la prevención especial, por entender innecesario el cumplimiento de la pena en toda su extensión (41), o son los *sustitutivos penales* (42) que permiten alcanzar los fines de prevención general y especial sin los nocivos efectos predicados de la pena privativa de libertad (degradación del individuo, inutilización para su reincorporación a la sociedad, etc...), o por otro lado, son simples medidas prácticas, utilitarias que posibilitan un mejor funcionamiento no sólo del aparato penitenciario, sino también de la lucha contra la delincuencia (medidas de gracia para arrepentidos, confidentes, etc...).

Todas estas cuestiones son recibidas por el Derecho penitenciario militar en virtud de la invocación que a la legislación penitenciaria común realiza el artículo 348 de la Ley Procesal Militar, pero este trabajo no pretende tanto calado. Se contentará con dar una visión actual de la figura tratada y si la misma se puede aplicar a la legislación militar tan simplemente como pretende dicho artículo.

Lo cierto es que los beneficios penitenciarios están recogidos en el Código Penal en su artículos 98 y 100 en forma de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo, respectivamente. El Código Penal militar no recoge estas figuras e incluso mantiene —aunque en este caso se trata de un beneficio judicial— para los militares condenados, «la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena, por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina.» (43)

---

(40) Vid., LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1984, págs. 70 a 75.

(41) Cfr., GARCÍA ARÁN, M.: «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida.», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1983, pág. 110.

(42) No podemos dejar de mencionar las esclarecedoras palabras de la *Exposición de Motivos* del Proyecto de Código Penal de 1980, al observar que la pena se concibe como «un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido, y que deberá orientarse siempre que sea posible a finalidades preventivas», sin olvidar que el «presupuesto de la pena así entendido es la culpabilidad». Ahora bien, concebir la pena como castigo proporcionado a la gravedad del hecho cometido no implica que la sanción haya de imponerse siempre y en todo caso ya que «se puede renunciar a la ejecución o incluso a la imposición misma de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de la prevención especial.» Sobre ese Proyecto vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal español de 1979», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. III, Santiago de Compostela, 1979, págs. 251 y ss.

(43) Del Preámbulo del «Código penal militar», *Justicia militar*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, pág. 124.

La Ley General Penitenciaria contiene sólo referencias a los beneficios penitenciarios, que no sirven para averiguar cuál sea su regulación. De esta forma el artículo 29.1 establece que todos los penados tienen la obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales excepto aquellos que estén en los seis casos que menciona, «sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios». El 29.2 al tratar del trabajo de los presos preventivos, dice que el mismo se hará «en las condiciones y con los efectos y beneficios previstos en esta Ley». Asimismo, el artículo 76.2 c incluye entre las funciones del Juez de Vigilancia «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena». El Capítulo V del Título II de la Ley está dedicado a las «Recompensas», cuyo único artículo —el 46— dice que los «actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado».

De todo lo anterior caben destacarse tres conclusiones: primera, la Ley General Penitenciaria solamente prevé los beneficios, defiriendo su regulación a una disposición de menor rango, cual es el Reglamento; segunda, hay beneficios que no suponen acortamiento de la condena; y tercera, la recompensa es una figura distinta al beneficio, como prueba que aquélla sirvan para valorar la posible concesión de uno de éstos (44). Respecto a lo primero y dado que la Ley no contiene otra mención a los beneficios penitenciarios, habrá que entender que éstos consisten en todas aquellas medidas que puedan favorecer al recluso (45).

En cuanto a los beneficios que no conllevan necesariamente la reducción de la condena, hay que incluir entre ellos la llamada *progresión de grado* como único fundamento que puede encontrarse a la previsión del adelantamiento de la libertad condicional en el Reglamento (46).

---

(44) Vid., art. 105. a) del Reglamento Penitenciario.

(45) Este es el sentido que propone GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la ...*, op. cit., pág. 110 al tratar a la prestación por desempleo que obtendrá todo liberado que se halle inscrito en la Oficina de Empleo y no haya recibido una oferta de trabajo adecuada, como un beneficio penitenciario. En igual sentido Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: «Los nuevos beneficios...», op. cit., pág. 113.

(46) Este es el pensamiento de GARCÍA ARÁN, M.: Op. cit., pág. 114.

### III. LA LIBERTAD CONDICIONAL: SU ADELANTAMIENTO

#### 1. Regulación actual

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978 aunque no preveía la concesión de beneficios penitenciarios, sí regulaba la libertad condicional como el cuarto período de cumplimiento de la condena, fiel al sistema que expresamente acoge (47), el progresivo, denominando genéricamente «beneficio» a esta figura.

En el vigente Reglamento de 1992 se prevén los beneficios penitenciarios en su artículo 24, que es copia literal del 256 del Reglamento Penitenciario de 1981 con las siguientes modificaciones:

1.<sup>a</sup> Es el Director del establecimiento el que puede solicitar del Juez de Vigilancia la concesión del adelantamiento de la libertad condicional, distintamente a lo dispuesto para los establecimientos civiles, en los que es la Junta de Régimen y Administración la que tiene esta facultad. En los establecimientos militares no existen las Juntas de Régimen y Administra-

---

(47) Así, su artículo 83 dice que «El cuarto período se cumplirá en libertad condicional, si el penado tuviera derecho a ella, rigiéndose por las normas que se establecen en la sección siguiente». El artículo 86 que encabeza la Sección III (De la libertad condicional) del Capítulo II, dedicado al cumplimiento de las penas privativas de libertad, dice:

«Requisitos.—1. La aplicación del beneficio de libertad condicional se regirá por lo dispuesto en el Código de Justicia Militar.

2. Para obtener la libertad condicional será preciso que la pena impuesta sea superior a un año de privación de libertad, que el penado se encuentre en el último período, que haya extinguido las tres cuartas partes de su condena observando intachable conducta y ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad.

3. Para el cómputo de las tres cuartas partes se tendrá en cuenta el tiempo redimido por el trabajo.

4. Cuando el penado vaya a cumplir las tres cuartas partes de su condena y reúna los requisitos legales, teniendo en cuenta el tiempo que puede considerarse extinguido como consecuencia de la aplicación de la redención de penas por el trabajo, la Junta Calificadora de Conducta iniciará, previo acuerdo que se hará constar en el acta, la tramitación del oportuno expediente, con la debida antelación, para que no sufra demora la concesión de este beneficio.

5. Quedarán excluidos de este beneficio aquellos penados a quienes se revocare por algunas de las causas previstas en el artículo 90 de este Reglamento.

6. El tiempo de condena que fuera objeto de la gracia de indulto se rebajará del total de la pena impuesta al efecto de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratara de una nueva pena de inferior duración.

7. Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, las que sean superiores a las de arresto serán consideradas como una sola de mayor duración a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiese sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo dispensado en cada una para rebajarlo de la suma total.»

ción, órganos encargados de la uniforme aplicación del régimen penitenciario, buen gobierno de los Establecimientos y recta gestión económica de los mismos (48), por imperativo del artículo 37 de su Reglamento en el que se encomienda a los Directores todas las funciones previstas para ellas en el Reglamento de 1981. Quizá son imperativos derivados de la unidad de mando en el Ejército los que motivan la supresión de estas Juntas.

2.<sup>a</sup> El trabajo en el exterior del establecimiento no se contempla como circunstancia que pueda posibilitar el adelantamiento de la libertad condicional. Limitación poco congruente si se quiere contribuir a la reeducación y reinserción del penado militar.

3.<sup>a</sup> Para que se pueda conceder el adelantamiento se precisa un requisito más que los previstos en el régimen civil. Está enunciado como apartado d) del mencionado artículo 24: «Haber cumplido su tiempo de servicio en filas». Circunstancia lógica que hace efectiva la obligación de realizar el Servicio Militar.

## 2. *Concepto y fundamento de la libertad condicional.*

El artículo 72.1 de la Ley General Penitenciaria, que consagra el sistema de individualización científica, determina como último grado de cumplimiento (49) el de libertad condicional, de acuerdo y consecuencia directa del sistema progresivo acogido por el artículo 84 de Código Penal (50), por tanto la libertad condicional es la última fase de la ejecución penal, que permite al condenado a más de un año de privación de libertad el abandono de la prisión siempre que se encuentre en el último período de la condena (esto es, en tercer grado), haya extinguido las tres cuartas partes de ésta, merezca dicho beneficio por su intachable conducta y ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad (51), en cuya situación continuará, salvo revocación, bajo la vigilancia y tutela de la Comisión de Asistencia Social, hasta el licenciamiento definitivo (52). Lógica

---

(48) Art. 262.1 del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981.

(49) Vid. DEL TORO MARZAL, A., et al.: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, vol. II, págs. 438 y ss. y 532 y ss.

(50) La superación del sistema progresivo y su sustitución por el de individualización científica ha sido puesta de manifiesto por ALARCON BRAVO: *Op. cit.*, *ibidem* y MANZANARES SAMANIEGO: *Individualización científica ...*, *ibidem*.

(51) Art. 98 del Código Penal.

(52) Cfr. ASENJO CANTISÁN, H.: «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», *Poder Judicial*, núm. Especial III, págs. 69 y ss.

consecuencia es que el penado sigue teniendo la consideración de tal, aunque su vida transcurra en libertad efectiva, sólo recortada en algunos sistemas por la vigilancia y sujeción a determinadas restricciones y, en todo caso, sujeta a la condición de buen comportamiento hasta el momento de la libertad definitiva. De ahí, precisamente la palabra «condicional» con que se recoge en los sistemas latinos, similar a la «bajo palabra» (*on parole*) (53) de los anglosajones (54).

La libertad condicional supone el tránsito moderado de la vida en prisión a la total libertad, y está concebida como período intermedio o de prueba al objeto de comprobar la verdadera adaptación del interno a las normas penales. Su fundamento es asegurar que ese buen comportamiento mostrado por el penado durante su estancia en prisión es auténtico y responde a una corrección íntima y real (55). Así lo establece el artículo 5.º de la Ley de 23 de julio de 1914, sobre Libertad Condicional, que la considera «como medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido», y ese carácter se le ha reconocido ininterrumpidamente (56).

Desde otro punto de vista y atendiendo al carácter con que nace la Ley de regulación de la libertad condicional, se ha apuntado lo que de indulto o gracia hay en esta figura (57) desde su génesis. Se ha dicho que la libertad condicional tiene hoy un mero carácter práctico (58), que la configura como elemento de pacificación en el interior de las prisiones, porque a la Administración Penitenciaria lo que realmente le interesa es mantener

---

(53) En Estados Unidos la *parol* o *parole system* es la liberación condicional de un penado, al que se ha seleccionado, antes de que complete el plazo de pena a la que fue condenado, con sometimiento y custodia del Estado y posibilidad de revocación y nueva entrada en prisión en caso de conducta perseguible penalmente. Por lo tanto, no está concebida como gesto de benevolencia o liberalidad. Sobre el particular *vid.*, GONZÁLEZ DE PABLO: «La libertad condicional y la libertad «a prueba» (*Parole and Probation*) en Estados Unidos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 163, págs. 723 y ss. y MARTÍN CANIVELL: «La organización correccional del Estado de California», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 165, págs. 341 y ss.

(54) *Vid.* LANDROVE DÍAZ: *Las consecuencias jurídicas ...*, *op. cit.*, pág. 68.

(55) *Vid.*, GARRIDO GUZMÁN: *Manual ...*, *op. cit.*, pág. 368.

(56) *Vid.*, BUENO ARÚS, F.: «Una nota sobre la libertad condicional», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1109, pág. 4.

(57) *Cfr.*, DEL TORO: *Op. cit.*, págs. 533 y ss.

(58) Comentando la tercera circunstancia del art. 98 del CP, QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, pág. 420, opina que a veces el delincuente más profesional y empedernido es el que más fácilmente se adapta a las normas carcelarias, sin que ello suponga acatamiento al orden penal, ni menos aun corrección o readaptación. Parecida opinión tiene LORENZO SALGADO: «La libertad condicional (circunstancias 3.ª y 4.ª del art. 98 del Código Penal)», *Estudios Penales*, II, *La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pág. 312, que estima que tal como

el orden en los establecimientos. Es un grave error pretender humanizar el Código Penal a través de la legislación y la práctica penitenciaria (59). Los beneficios penitenciarios o bien deben desaparecer, o bien deben ser utilizados correctamente desde el punto de vista preventivo especial, de tal suerte que su generalizada aplicación no se convierta en un instituto de «antiprevención general», como ocurre realmente en la actualidad al ser sobradamente conocida la facilidad con que una condena puede ser reducida efectivamente al 50 por 100 (60).

La llamada «antiprevención general» es aquí entendida como la creencia acertada del violador de la Ley penal de que le será muy fácil reducir la condena que en base a la prevención general le va a ser impuesta.

Con estas premisas, la solución que aporta la doctrina mencionada consiste en considerar a la libertad condicional como un beneficio y no como un derecho, de tal forma que el solo hecho del buen comportamiento del interno no sea decisivo para el disfrute de esta libertad anticipada, sino que la misma se le concedería si, tras el estudio del mismo, y haciendo incluso abstracción de la conducta penitenciaria en los supuestos en los que ello sea conveniente, se considere que desde una perspectiva preventivo especial lo más beneficioso en orden a la resocialización es la concesión de aquella (61).

### 3. *El significado del adelantamiento de la libertad condicional*

Si ya hemos apuntado la gran importancia de la libertad condicional en lo que se refiere a la determinación de la pena efectivamente a cumplir por el condenado, más aún hay que ponderar el adelantamiento de esa liberación impuesta por el Reglamento Penitenciario de 1981, y ahora por el militar de 1992, sin que se encuentre apoyo legal alguno ni el Código Penal común o militar, ni en la Ley General Penitenciaria, ni en otra norma de

---

está establecido el requisito, y pese a las insatisfactorias consecuencias que de su radical configuración legal pueden seguirse, todo parece indicar que responde a la idea de favorecer o estimular el acatamiento por parte del recluso de la disciplina imperante en la prisión, por tanto, la circunstancia parece reducirse únicamente a la buena conducta carcelaria con independencia de que existan o no tachas en sujeto distintas a las puramente disciplinarias o de que subyazca o no a la misma un efectivo sentimiento ético.

(59) *Vid.*, ASENSIO CANTISÁN, H. y MAPELLI CAFFARENA, B.: «Consideraciones acerca de la ejecución de la pena privativa de libertad», *La Ley*, núm. 1771, Madrid.

(60) *Vid.*, ASENSIO CANTISÁN, H.: «Algunas consideraciones ...», *op. cit.*, pág. 71.

(61) *Vid.*, ASENSIO CANTISÁN: *ibidem*.

superior rango al propio Reglamento. Se trata de un grave problema puesto que con ello se agranda el portillo abierto por la libertad condicional, a unas penas configuradas en blanco, que se entregan a la Administración para que las rellene a su albur (62). Ahora bien, es necesario determinar una debida proporcionalidad entre culpabilidad y pena, entre la noción de castigo y la de reeducación, con la debida participación de un órgano jurisdiccional —el Juez de Vigilancia— en la misión de conformar a cada paso la pena que se ejecuta, con lo que queda hasta cierto punto salvada la crítica vertida en relación a la pena indeterminada (63).

El beneficio de que tratamos supone solamente mitigar el requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, y no conlleva modificación alguna en relación a la circunstancia primera del artículo 98 del Código Penal, esto es, en cuanto a la exigencia de encontrarse el penado en el último período de la condena. Y es la propia dicción del artículo 59 del Reglamento de 1981 el que avala esta postura, ya que al tratar de la concesión de la libertad condicional determina que «se tendrá en cuenta, en su caso, lo dispuesto en el artículo 256 respecto al beneficio de adelantamiento de la libertad condicional», pero a los efectos de determinar el «cómputo de las tres cuartas partes de la condena», sin que queden afectados otros requisitos.

#### IV. EL INDULTO PARTICULAR

##### 1. Regulación

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, del que venimos tratando, acoge el que llama «sistema de referencia», de forma que en el mismo se recogen sólo las especificidades que demanda la organización militar «con remisión y tratamiento idéntico en todo lo demás al régimen común cuya legislación tiene carácter de norma jurídica suple-

---

(62) Cfr., MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «La problemática actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, págs. 7 y ss.

(63) ASENCIO CANTISÁN: «Algunas consideraciones ...», *op. cit.*, pág. 70, cita a HASSEMER, W.: *Fundamentos de Derecho penal*, 1984, pág. 376, porque este autor considera que la aplicación automática de la libertad condicional de algún modo trasplanta a todo el sistema jurídico-penal los problemas de la determinación o medición de la pena, ya que es probable que el Juez, en el momento de determinación de la pena concreta que se va a imponer, «tenga en cuenta» la libertad condicional que se concederá en su día al penado.



toria» (64). Concretamente, no se trata la figura del indulto particular del artículo 257 del Reglamento común de 1981. En virtud de ese sistema de referencia, habrá que entender que el indulto particular debe aplicarse con los mismos criterios que los habidos para los presos comunes, sin que existan razones de ningún tipo que abonen su restricción o, simplemente, su inaplicación, puesto que si así lo hubiera querido el legislador de forma expresa estaría establecido (65).

Por tanto, si concurren las circunstancias exigidas para el beneficio de adelantamiento de la libertad condicional, esto es, buena conducta; normal participación en las actividades organizadas en el establecimiento, incluido el trabajo penitenciario, que se pueda considerar útil para la preparación en la vida en libertad del penado; participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas en el establecimiento y haber cumpli-

---

(64) De la Exposición de Motivos del Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, BOE núm. 305, de 21 de diciembre.

(65) HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: «El cumplimiento de las penas», *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez Villasanté, Civitas, Madrid, 1988, pág. 568, habla del «principio unitario» según el cual los Ordenamientos civil y militar deben regular de la misma forma hechos análogos, y únicamente el militar debe ordenar exclusivamente aquellas materias que necesiten una específica y especial regulación; pero estas especialidades deben ser las mínimas e imprescindibles para atender a la finalidad y particular función de las Fuerzas Armadas junto con los especiales deberes que tienen sus componentes; de otra forma se produciría discriminación.

Ello no obstante, parece que hay un substrato común en todos los autores que conduce a considerar el Derecho militar como dotado de autonomía, como propiamente sustantivo, principalmente si se atiende a que los hechos contemplados en él no están presentes en la legislación común, poseyendo principios normativos diferentes e incluso fuentes propias, como los bandos; más si atendemos a que la actividad de los Ejércitos se desarrolla en condiciones especiales e inhabituales y que por su especialidad deben concurrir expertos militares a la hora en enjuiciar los delitos de este tipo y, sobre todo, por tener muy en cuenta que la razón de ser de ese Derecho es el mantenimiento de la disciplina, como principio inspirador de la organización militar recogido en los artículos 11, 26 y 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y artículo 13 de las Reales Ordenanzas para el Ejército de Tierra, que la cifran en el acatamiento a la Constitución, como expresión de unidad colectiva. Cfr. sobre la especialidad del Derecho militar RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: *Derecho Penal español, Parte especial*, 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1983 (hay edición posterior puesta al día por Alfonso Serrano Gómez), págs. 1233 a 1264; NÚÑEZ BARBERO, R.: «Derecho penal militar y Derecho penal común», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, págs. 713 y ss.; COLOMBO, C. J.: «Sustantividad del Derecho Penal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 17, 1964, págs. 9 a 43; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Código Penal Militar», *Revista General de Derecho*, núm. 499, 1986, págs. 1257 y ss.; CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986; JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho penal militar*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, 240 págs.

do su tiempo de servicio en filas, el Director podrá solicitar al Juez de Vigilancia la tramitación de un indulto particular, hasta la cuantía de dos meses por cada año de prisión efectiva cumplida en dichas circunstancias o en la cuantía que aconsejen las circunstancias concurrentes, y que deberán estar presentes en grado extraordinario y de modo continuado durante un mínimo de dos años (66).

1. *El indulto como causa de extinción de la responsabilidad criminal: derecho de gracia.*

El Código penal militar no recoge en su Título IV, dedicado a la extinción de la responsabilidad penal, especialidad alguna en esta materia, fuera de la prescripción de los delitos y penas que presenta diferencias respecto al Código común por el distinto sistema que acoge en cuanto a la medición de las penas. Ello es consecuencia directa del sistema superador del de código integral o completo que conformaba el antiguo Código de Justicia Militar de 1945, para pasar a ser ahora norma penal complementaria (67) del Código penal común en consonancia con la más moderna doctrina (68).

En consecuencia, son de aplicación al ámbito militar las prescripciones que, en orden a la extinción de la responsabilidad penal hace el artículo 112 del Código Penal.

El indulto es una de las dos manifestaciones del derecho de gracia que prevé el artículo 112. 4.º, y supone la renuncia por el Estado al derecho de castigar. Consiste en la pervivencia de facultades poseídas por el monarca absoluto, que le posibilitaban para renunciar a su capricho a la acción penal, cuya titularidad ostentaba (69). Estriba, en la remisión parcial o total de la pena, pero no de sus efectos, esto es, se mantiene la inscripción de la condena en el correspondiente Registro; el indultado dejará de

---

(66) *Argumentum ex* artículo 257 del Reglamento penitenciario.

(67) El art. 5 del vigente Código penal militar dice: «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.»

(68) *Cfr.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «El Código Penal Militar», *op. cit.*, págs. 1280 y 1281. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, op. cit.*, págs. 1235 y ss. CALDERÓN SUSÍN, E.: «Comentario de urgencia al Proyecto del Código Penal Militar», *Revista General de Derecho*, núm. 487, 1985, págs. 908 y ss.

(69) *Cfr.* LINDE PANIAGUA, E.: *Amnistía e indulto en España*, Ed. Tucur, Madrid, 1976, págs. 42 y ss.

cumplir la pena impuesta (indulto total), o parte de ella (indulto parcial), pero técnicamente sigue siendo un penado y si vuelve a delinquir podrá ser apreciada la circunstancia de reincidencia. El indulto no puede hacerse extensivo a la responsabilidad civil ni a las costas procesales que no correspondan al Estado; en caso de recaer sobre penas pecuniarias, siempre y cuando no se determine expresamente, exime al indultado del pago de la cantidad no satisfecha, pero no abarca la devolución de lo ya pagado (70).

El artículo 62, i) de nuestra Constitución reserva al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales. El indulto habrá de otorgarse mediante Real Decreto motivado, previa deliberación del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministro de Justicia, debiéndose publicar en el Boletín Oficial del Estado y concederá la remisión total o parcial de la penalidad impuesta, reputándose indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas por otras menos graves (71).

## 2. *El indulto penitenciario*

La configuración que del indulto se ha hecho en la legislación penal y penitenciaria pone de relieve dos formas diversas de entender esta figura jurídica, ambas discrepantes y abiertamente contradictorias, tanto en su configuración como en sus consecuencias jurídicas.

Así, la legislación penitenciaria acoge la llamada teoría *de la mera rebaja de la sanción penal*, según la cual el tiempo que fuera objeto de indulto se *rebajará* del total de la pena impuesta, procediéndose como si se tratara de una nueva pena de menor duración y siempre a los efectos de aplicación de la libertad condicional (72).

El contraste que se presenta con la regulación contenida en el Código penal es evidente. Su artículo 122.4.<sup>º</sup> dice que la responsabilidad penal se

---

(70) Cfr. LANDROVE DÍAZ: *Las consecuencias jurídicas ...*, op. cit., págs 129 y 130.

(71) Aparte del art. 62 de la Constitución y del 112.4.<sup>º</sup>, la regulación del indulto se complementa con la Ley de 18 de junio de 1870 y con el Decreto de 22 de abril de 1938.

(72) Concretamente, el art. 59 del Reglamento penitenciario, ubicado en la Sección 1.<sup>ª</sup>, de la libertad condicional, del Capítulo V, dedicado a la libertad de los penados, dice: «Para el cómputo de las tres cuartas partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

a) El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratara de una nueva pena de inferior duración.»

*extingue por indulto*, por tanto, y también para aplicar la libertad condicional, *la teoría de la extinción* proclama que ha de hallarse en primer lugar el tiempo que representa las tres cuartas partes de la condena, para restarle a éste el del indulto (73).

Seguir una u otra perspectiva, no sólo tiene obvias consecuencias prácticas, sino que además se traduce en un elemento de importancia político-criminal de primer orden teniendo en cuenta que la finalidad de la pena privativa de libertad es la rehabilitación del penado.

De lo que se trata es de una sanción penal en forma de privación de libertad, que en parte queda *extinguida* por efectivo *cumplimiento* y en parte es *extinguida por indulto*, de ahí que la ejecución penal debe seguir su curso habitual y aplicar, en consecuencia, las clasificaciones correspondientes a una única pena, que se extinguirá en su debido alcance, tanto por cumplimiento como por indulto, hasta llegar el momento de la concesión de la libertad condicional, *si el penado reuniere los requisitos necesarios para poder acceder a ella* (74).

En cuanto a la propia esencia del beneficio a que nos venimos refiriendo, no cabe ninguna duda de que supone una cierta desnaturalización. El indulto es una medida de gracia que se insta ante el Gobierno, con un sentido bien distinto al de los beneficios: las medidas de gracia, ya lo apuntábamos *supra*, se inscriben en el ejercicio de la soberanía por el poder político que se utilizan en momentos políticos que lo requieran, o bien para circunstancias concretas en las que se considere injusta la aplicación de una pena (vía del art. 2 del Código Penal).

Contrariamente, el beneficio penitenciario supone la reducción de la pena en función de la evolución favorable de penado, por tanto independiente de las razones político jurídicas que motivan los indultos.

---

(73) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: «Sistema de recompensas en el régimen penitenciario», *Comentarios a la Legislación penitenciaria*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Ed. Revista de Derecho Privado-Edersa, Madrid, 1986, págs. 686 y 687, pone un ejemplo de lo que significa seguir un sistema u otro. De esta forma, siguiendo las prescripciones de Reglamento penitenciario, con una supuesta condena de veinte años con un indulto de diez, se llegaría a la libertad condicional después de haber cumplido siete años y medio de privación de libertad. En tanto que suponiendo el carácter extintivo del indulto, la libertad condicional se conseguiría a los cinco años de privación.

(74) Cfr. POLAINO NAVARRETE: *ibidem*, pág. 684.

## V. LA REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO Y LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

### 1. Concepto y naturaleza jurídica

Se ha dicho que la redención de penas por el trabajo es realmente una causa de extinción de la responsabilidad criminal, consistente en una valoración jurídica del tiempo de cumplimiento de las penas de privación de libertad superior a la media cronológica, siempre que el penado desarrolle en ese tiempo una actividad laboral o asimilada (75).

También se puede definir esta figura como una institución de prevención especial que sirve para acortar el tiempo de duración de la condena de aquellos sentenciados que, desempeñando una actividad laboral en un centro penitenciario, cumplan los requisitos que establece el Código Penal (76), definición esta que parece más acertada por cuanto evita catalogar a la redención como una figura extintiva de la responsabilidad no prevista en el Código Penal, a la vez que llama la atención sobre el marcado carácter tratamentista de la institución (77).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la redención, los diferentes nombres con que se la ha denominado han enturbiado, indudablemente, su clasificación. Así se le ha llamado *condonación, reducción, rebaja, abreviación y revisión* de la pena.

Lo que parece claro es que la redención de penas por el trabajo es un *derecho subjetivo del penado*. A ello abonan dos consideraciones. La primera porque ha sido la propia legislación la que ha denominado con este título a la figura que estudiamos; y la segunda, porque si derecho subjetivo es una determinada situación de poder concreta concedida sobre cierta realidad social a una persona, en la redención de penas el interno está facultado para hacer efectiva esa redención siempre y cuando reúna los requisitos del Código Penal (78).

---

(75) Cfr. BUENO ARÚS, F.: «Aspectos sustantivos y procesales de la redención de penas por el trabajo», *Poder Judicial*, núm. 8, pág. 56.

(76) Cfr. GARRIDO GUZMÁN: *Manual...*, op. cit., pág. 352.

(77) Con distintos supuestos sobre redención Cfr. BUENO ARÚS, F.: «El Real Decreto 2273/1976, de 29 de julio, y la redención de penas por el trabajo», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, 1977, pág. 211. También RUIZ VADILLO, E.: «Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias aprobado por Real Decreto de 29 de julio de 1977», *Documentación Jurídica*, núm. 15, 1977, pág. 661.

(78) Cfr. BUENO ARÚS, B.: «La suspensión o interrupción de la redención de penas por el trabajo», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 208-211, 1975, págs. 6 y ss.

2. *Regulación. Inconstitucionalidad de la vinculación del goce de la redención a la imposición de la pena de separación del servicio*

De la redención de penas se lleva diciendo mucho tiempo que está llamada a desaparecer, y lo cierto es que la suprimen todos los Anteproyectos o Proyectos de Código Penal que en la etapa democrática ha habido. Este es el camino que sigue el de 1992. Las razones que fundamentan esta decisión están bien recogidas en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980:

- 1.<sup>a</sup> Supone un quebranto del valor nominal de las penas.
- 2.<sup>a</sup> Se produce de un modo automático sin atender a razones relativas a la prevención general o especial.
- 3.<sup>a</sup> Las penas han de cumplirse bajo la intervención judicial.
- 4.<sup>a</sup> La historia de la redención de penas es, cuando menos, controvertida, dado sus orígenes. Se instauró en el Código de 1944, siguiendo el criterio del Decreto de 28 de mayo de 1937, aplicable a los presos políticos procedentes de la Guerra Civil.

Pero lo cierto es que no habiendo entrado en vigor ninguno de estos proyectos, la redención de penas vive en nuestro Ordenamiento regulada por la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, a) del Reglamento penitenciario de 1981, que deja vigente los artículos que regulaban la institución en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956.

El nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1992 establece en su Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> que están en vigor, en tanto subsista el artículo 100 del Código Penal, el Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, y en lo no regulado en él y siempre que no se oponga a sus previsiones, se podrán aplicar los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956. Este Decreto-ley dejado vigente fundamenta su aplicación en el Código de Justicia Militar, ya derogado, lo que tiene poca trascendencia si se conserva su espíritu, cual es el de mantener la redención para los condenados por delitos que lleven aparejada la baja en el Ejército cualquiera que fuera la condena impuesta. Pero cuando esta situación de baja no se produzca, no se aplicará la redención. Esto, hasta el momento de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional 72/1994, de 3 de marzo, por la que se declara la inconstitucionalidad del inciso final («cuando produzcan la salida definitiva de los Ejércitos») del apartado a), del artículo 1 del Decreto-ley citado.

El procedimiento constitucional que ha dado lugar a la expulsión del Ordenamiento del referido inciso, se inició por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad desde el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 41 de La Coruña, al considerar que el precepto mencionado vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, creando un régimen discriminatorio en relación con los penados comunes pues impide que la redención de penas se aplique tanto a presos preventivos, cuanto a aquellos condenados que mantengan su condición de militares, a pesar de mantenerse la obligatoriedad del trabajo, sin que esto les reporte ningún beneficio.

En la resolución de la cuestión planteada, el Pleno del Tribunal Constitucional sienta los siguientes fundamentos:

1.º No hay una correlación automática y necesaria, inmediata, entre el trabajo en las Instituciones Penitenciarias y la redención de penas, de tal suerte que la prestación del trabajo es uno más de los requisitos a que el legislador supedita la concesión de este beneficio.

2.º Que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), no significa que los penados tengan derecho, en todo caso, a un genérico o determinado régimen de redención de penas por el trabajo.

3.º Es perfectamente constitucional un régimen penal y penitenciario propio de la institución militar, cuando esa especificidad esté justificada por las peculiaridades organizativas del Ejército destinadas a la preservación de los valores propios de la institución castrense.

4.º La disciplina ni la jerarquía militar no son criterios que puedan fundamentar la diferencia de trato que se deduce del Decreto-ley cuestionado, pues han sido tenidos en cuenta por el legislador para articular una más drástica respuesta a los delitos contenidos en las Leyes militares.

5.º De todo ello se deduce que la exclusión de la redención de penas por el trabajo de aquellos que, tras ser condenados, deban permanecer en el Ejército, «no se relaciona de forma directa y proporcionada con la finalidad de salvaguardia de los valores inherentes a la disciplina castrense, puesto que hace de peor condición a los condenados por delitos que el legislador no ha considerado especialmente contrarios a aquélla, autorizando su permanencia en el Ejército».

Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional ahonda la senda iniciada por el Real Decreto de 1992 consistente en asimilar el régimen penitencia-

rio militar al común, desdibujando todas sus peculiaridades y reduciendo lo específico a simple cuestión de forma (especialmente denominaciones). La rigurosidad del Ordenamiento militar, cuya esencia no se pone en duda, no radica sólo en que la pena será más drástica, sino en que también será más estricto el cumplimiento de esa pena. Poco sentido tiene la severidad en la imposición y la benevolencia en el cumplimiento, cuando éste es correlato necesario de aquélla.

En la misma disposición transitoria, se dice que las competencias sobre concesión de la redención que se atribuía a los órganos extintos, esto es, a la Junta Central Militar de Redención de Penas, pasan, como no podía ser de otra forma, al Juez Togado en funciones de Vigilancia Penitenciaria.

### 3. Problemática planteada por la redención de penas por el trabajo

La redención de penas por el trabajo presenta un problema de importancia que, aunque solucionado, no nos exime de exponer nuestra opinión. En efecto, los dos reglamentos que tratamos aquí se han cuidado de establecer la incompatibilidad de la redención con los beneficios penitenciarios. Además, cuando desaparezca el artículo 100 del Código Penal por entrada en vigor de uno nuevo, desaparecerá la figura.

De la comparación de los beneficios penitenciarios y la redención, parece deducirse que tienen una nota común constituida por la actividad laboral que desarrollen los penados en cada momento (79). Sin embargo, sus diferencias radican en la judicialización de los beneficios en consonancia con el principio de intervención judicial en la ejecución de las penas, por una parte; y que los beneficios requieren, aparte de buena conducta y trabajo, que el penado participe en su propio tratamiento, formulación acaso contradictoria con la voluntariedad del tratamiento.

A pesar de estas diferencias, o precisamente por ellas, un sector importante de la doctrina (80) propone la judicialización de la redención de penas por el trabajo, limitada a sus justos términos, para que entre a formar parte de los beneficios penitenciarios como un importante estímulo para el penado.

---

(79) Cfr. GARRIDO GUZMÁN: *Manual ...*, op. cit., pág. 367.

(80) Significativamente GARRIDO GUZMÁN: *ibidem*.



## VI. CONCLUSIONES

I. Se ha concluido la reforma de la legislación militar sin que se haya abordado la promulgación de una Ley Penitenciaria para el ámbito castrense, efecto de haberse seguido en toda esta legislación un sistema de referencia que transfiere bloques temáticos a la legislación común.

II. El Derecho penitenciario militar se caracteriza por dos notas distintivas; primera, dedica su atención a la aplicación y ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a militares; segunda, su ámbito territorial y subjetivo es el marcado por el cumplimiento de esas penas en establecimientos penitenciarios militares.

Al hilo de esta cuestión, cabe preguntarse si es posible que un civil cumpla la condena impuesta por un Tribunal militar en un establecimiento penitenciario militar.

Está claro que la competencia establecida para la jurisdicción militar tiene un carácter objetivo. Pero el vigente Reglamento no determina la cuestión y nada dice al respecto. Puede parecer que no hay ningún inconveniente en que un condenado civil pueda extinguir su pena en establecimiento militar. Lo cierto es que el sistema de referencia respecto al Reglamento civil de 1981 que acoge el nuevo de 1992, no parece plantear problemas ya que los fines son los mismos, e incluso los medios que se articulan muy parecidos. Pero indudablemente, estamos forzados a negar tal posibilidad por pura lógica interna. Hemos defendido la necesidad de una ley penitenciaria militar por las especiales características de la institución militar y son los mismos argumentos los que nos inducen a negar la posibilidad que planteamos. Porque quierase o no la legislación militar es especial, y posee todos los aditamentos de tal condición que impiden que un civil pueda, pongamos por caso, someterse a la instrucción militar.

III. A pesar de ser relativamente corta la historia de la prisión como institución jurídica destinada al cumplimiento de las penas privativas de libertad, ello no ha inhibido críticas que obtuvieron su respuesta en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Aun habiéndose hablado del universal fracaso de la pena privativa de libertad con su repercusión evidente en el ámbito del Derecho penal material que pone en entredicho el fundamento de sus sanciones y su carácter de *ultima ratio*, no es menos cierto que ese tipo de pena sigue siendo el eje sobre el que gira el sistema punitivo de los diversos sistemas penales, a más de ser el único instrumento práctico para alejar de la sociedad a aquellos sujetos nocivos y peligrosos que

han puesto en grave peligro la vida bajo un determinado sistema organizativo.

Pero ello no empece para que la pena de prisión deba sustentarse sobre la humanización de la ejecución y la reforma del delincuente. En este marco han de situarse los beneficios penitenciarios, en el intento de superar el sistema progresivo y mecánico que hace pasar al interno por todos y cada uno de sus grados antes de acceder al de semilibertad; y a la vez, sustituir el instituto de la redención de penas por el trabajo, con una marcada finalidad derivada de la Guerra Civil, en la que nace.

IV. Los beneficios penitenciarios también se han invocado para conferir a la lucha contra la criminalidad un sentido de mayor eficacia, en un camino que nada tiene que ver con la reeducación y la reinserción social del artículo 25.2 de la Constitución. El primer paso dado en este sentido lo conforma el actual artículo 57 bis b) del Código Penal, que crea la figura del *colaborador con la justicia* para los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, lo que puede suponer al *colaborador* la remisión total de la condena, o una rebaja de la pena en uno o dos grados a la fijada por la Ley, amén de no aplicársele la agravación genérica del artículo 57 bis a), siempre que la colaboración sea eficaz para obtener pruebas, o se haya evitado o disminuido una situación de peligro, o bien se haya impedido un resultado dañoso.

V. El nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1992 supera al derogado de 1978, en el sentido de establecer definitivamente como método de tratamiento penitenciario el de individualización científica, consecuencia directa del sistema de referencia con respecto a la legislación civil que expresamente acoge.

VI. Si tratamos de relacionar tratamiento con beneficios penitenciarios, podemos llegar a las siguientes conclusiones: primera, la Ley General Penitenciaria solamente prevé los beneficios, defiriendo su regulación a una disposición de menor rango, cual es el Reglamento; segunda, hay beneficios que no suponen acortamiento de la condena; y tercera, la recompensa es una figura distinta al beneficio, como prueba que aquélla sirvan para valorar la posible concesión de uno de éstos. Respecto a lo primero y dado que la Ley no contiene otra mención a los beneficios penitenciarios, habrá que entender que éstos consisten en todas aquellas medidas que puedan favorecer al recluso.

VII. El adelantamiento de la libertad condicional viene recogido en el nuevo Reglamento de 1992 en su artículo 24, que es copia literal del 256 del Reglamento Penitenciario de 1981, con las siguientes modificaciones:

1.<sup>a</sup> Es el Director del establecimiento el que puede solicitar del Juez de Vigilancia la concesión del adelantamiento de la libertad condicional, distintamente a lo dispuesto para los establecimientos civiles, en los que es la Junta de Régimen y Administración la que tiene esta facultad.

2.<sup>a</sup> El trabajo en el exterior del establecimiento no se contempla como circunstancia que pueda posibilitar el adelantamiento de la libertad condicional. Limitación poco congruente si se quiere contribuir a la reeducación y reinserción del penado militar.

3.<sup>a</sup> Para que se pueda conceder el adelantamiento se precisa un requisito más que los previstos en el régimen civil. Está enunciado como apartado d) del mencionado artículo 24: «Haber cumplido su tiempo de servicio en filas». Circunstancia lógica que hace efectiva la obligación de realizar el Servicio Militar.

VIII. La libertad condicional supone el tránsito moderado de la vida en prisión a la total libertad, y está concebida como período intermedio o de prueba al objeto de comprobar la verdadera adaptación del interno a las normas penales. Su fundamento es asegurar que ese buen comportamiento mostrado por el penado durante su estancia en prisión es auténtico y responde a una corrección íntima y real. Así lo establece el artículo 5º de la Ley de 23 de julio de 1914, sobre Libertad Condicional, que la considera «como medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido», y ese carácter se le ha reconocido ininterrumpidamente.

IX. Los beneficios penitenciarios o bien deben desaparecer, o bien deben ser utilizados correctamente desde el punto de vista preventivo especial, de tal suerte que su generalizada aplicación no se convierta en un instituto de «antiprevención general», como ocurre realmente en la actualidad al ser sobradamente conocida la facilidad con que una condena puede ser reducida efectivamente al 50 por 100.

Con esta premisa, la solución consiste en considerar a la libertad condicional como un beneficio y no como un derecho.

X. El adelantamiento de la liberación provisional impuesta por el Reglamento Penitenciario de 1981, y ahora por el militar de 1992, sin que se encuentre apoyo legal alguno ni el Código Penal común o militar, ni en la Ley General Penitenciaria, ni en otra norma de superior rango al propio Reglamento. Se trata de un grave problema puesto que con ello se agranda el portillo abierto por la libertad condicional, a unas penas configuradas en blanco, que se entregan a la Administración para que las rellene a su albur. Ahora bien, es necesario determinar una debida proporcionalidad entre culpabilidad y pena, entre la noción de castigo y la de reeducación, con la

debida participación de un órgano jurisdiccional —el Juez de Vigilancia— en la misión de conformar a cada paso la pena que se ejecuta, con lo que queda hasta cierto punto salvada la crítica vertida en relación a la pena indeterminada.

El beneficio de que tratamos supone solamente una mitigación del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, y no conlleva modificación alguna en relación a la circunstancia primera del artículo 98 del Código Penal, esto es, en cuanto a la exigencia de encontrarse el penado en el último período de la condena.

XI. En el nuevo Reglamento de 1992 no se trata la figura del indulto particular del artículo 257 del Reglamento común de 1981. En virtud del sistema de referencia establecido, habrá que entender que el indulto particular debe aplicarse con los mismos criterios que los habidos para los presos comunes, sin que existan razones de ningún tipo que abonen su restricción o, simplemente, su inaplicación, puesto que si así lo hubiera querido el legislador de forma expresa estaría establecido.

XII. El Código penal militar no recoge en su Título IV, dedicado a la extinción de la responsabilidad penal, especialidad alguna en esta materia, fuera de la prescripción de los delitos y penas que presenta diferencias respecto al Código común por el distinto sistema que acoge en cuanto a la medición de las penas. Ello es consecuencia directa del sistema superior del de código integral o completo que conformaba el antiguo Código de Justicia Militar de 1945, para pasar a ser ahora norma penal complementaria del Código penal común en consonancia con la más moderna doctrina.

En consecuencia, son de aplicación al ámbito militar las prescripciones que, en orden a la extinción de la responsabilidad penal hace el artículo 112 del Código penal.

XIII. La configuración que del indulto se ha hecho en la legislación penal y penitenciaria pone de relieve dos formas diversas de entender esta figura jurídica, ambas discrepantes y abiertamente contradictorias, tanto en su configuración como en sus consecuencias jurídicas.

XIV. El nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1992 establece en su Disposición Transitoria 2ª que están en vigor, en tanto subsista el artículo 100 del Código Penal, el Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, y en lo no regulado en él y siempre que no se oponga a sus previsiones, se podrán aplicar los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956. Este Decreto-ley dejado vigente, se refiere al Código de Justicia Militar ya derogado por lo que tiene poca

trascendencia si se conserva su espíritu, cual es el de mantener la redención para los condenados por delitos que lleven aparejada la baja en el Ejército cualquiera que fuera la condena impuesta. Cuando esta situación de baja no se produzca, no se aplicará la redención. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado no acorde con el texto de la Carta Magna el inciso final («cuando produzca la salida definitiva de los Ejércitos») del Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, por considerar que vincula el goce de la redención de penas por el trabajo a la imposición de una pena que conlleve la separación del servicio, y ello, aunque es una determinación objetiva, no viene justificado por la naturaleza de las Fuerzas Armadas.

Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional ahonda la senda iniciada por el Real Decreto de 1992 consistente en asimilar el régimen penitenciario militar al común, desdibujando todas sus peculiaridades y reduciendo lo específico a simple cuestión de forma (especialmente denominaciones). La rigurosidad del Ordenamiento militar, cuya esencia no se pone en duda, no radica sólo en que la pena será más drástica, sino en que también será más estricto el cumplimiento de esa pena. Poco sentido tiene la severidad en la imposición y la benevolencia en el cumplimiento, cuando éste es correlato necesario de aquélla.

XV. La redención de penas por el trabajo presenta un problema de importancia que, aunque solucionado, no nos exime de exponer nuestra opinión. En efecto, los dos reglamentos que tratamos aquí se han cuidado de establecer la incompatibilidad de la redención con los beneficios penitenciarios. Además, cuando desaparezca el artículo 100 del Código Penal por entrada en vigor de uno nuevo, desaparecerá la figura.

De la comparación de los beneficios penitenciarios y la redención, parece deducirse que tienen una nota común constituida por la actividad laboral que desarrollen los penados en cada momento. Sin embargo, sus diferencias radican en la judicialización de los beneficios en consonancia con el principio de intervención judicial en la ejecución de las penas, por una parte; y que los beneficios requieren, aparte de buena conducta y trabajo, que el penado participe en su propio tratamiento, formulación acaso contradictoria con la voluntariedad del tratamiento.

A pesar de estas diferencias, o precisamente por ellas, un sector importante de la doctrina propone la judicialización de la redención de penas por el trabajo, limitada a sus justos términos, para que entre a formar parte de los beneficios penitenciarios como un importante estímulo para el penado.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

## MINISTERIO DE DEFENSA

*ORDEN 13/1994, de 2 de febrero, por la que se regula la Comisión Asesora de Publicaciones en el Ministerio de Defensa.*

(Del BOE núm. 35, de 10. 2 .1994.)

*INSTRUCCION 26/94, de 17 de marzo, del Secretario de Estado de Administración Militar, dando directrices sobre provisión de destinos en relación con la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre.*

(Del BOD núm. 56, de 22.3.1994.)

*REAL DECRETO 537/1994, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del militar de empleo de la categoría de oficial.*

(Del BOE núm. 88, de 13.4.1994.)

*REAL DECRETO 969/1994, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en las materias de Zonas de Interés para la Defen-*

*sa Nacional, Reclutamiento para el Servicio Militar y Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.*

(Del BOE núm. 131, de 2.6.1994.)

*ORDEN 49/1994, de 20 de mayo, sobre compromisos del personal de tropa y marinería en misiones internacionales.*

(Del BOE núm. 126, de 27.5.1994.)

*RESOLUCION número 57/1994, de 31 de mayo, del Secretario de Estado de Administración Militar, por la que se constituyen los Departamentos y las Secciones Departamentales correspondientes a los centros docentes de la Enseñanza Militar de Formación de Grado Superior y Medio.*

(Del BOD núm. 113, de 10.6.1994.)

## JEFATURA DEL ESTADO

*LEY ORGANICA 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional*



*humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.*  
(Del BOE núm. 131, de 2.6.1994.)

*REAL DECRETO 1410/1994, de 25 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar.*

**MINISTERIO DE DEFENSA**

(Del BOE núm. 172, de 20.6.1994.)

*RESOLUCION 56/1994, de 2 de junio, del Secretario de Estado de Administración Militar, por la que se dan instrucciones para la evaluación, calificaciones y clasificación de los alumnos de la Enseñanza Militar de Formación.*

*RESOLUCION número 69/1994, de 30 de junio, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre guardias y servicios de los alumnos de los Centros Docentes Militares de Formación.*

(Del BOD núm. 111, de 8.6.1994.)

(Del BOD núm. 133, de 8.7.1994.)

## **2. JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Antonio Mozo Seoane

*Coronel Auditor.*

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

**Sentencia 18/1994, de 29 de enero. Pleno («BOE», núm. 41, de 17 de febrero).**

**Recurso de amparo 1722/1991.**

**Materia: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión de recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

La Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 20 de enero de 1986 que condenó al demandante, como autor de un delito de homicidio, a la pena de once años de prisión mayor, accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio. La Sentencia fue confirmada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Resolución de 4 de abril de 1987.

A la vista de dicha Sentencia, se incoó el expediente gubernativo número 7/89 en el que, tras dar vista al recurrente, recayó Resolución del Ministro de Defensa que acordó su separación del servicio. Contra esta última decisión, el actor, el 20 de octubre de 1989, interpuso ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, y el 10 de noviembre de 1989 recurso de reposición contra la Resolución del Ministro de Defensa.

El recurso de reposición fue resuelto en vía gubernativa el 7 de marzo de 1990, en el sentido de desestimarlo y confirmar la Resolución recurrida. Dicha Resolución advertía que era definitiva y que contra la misma no se

podía interponer recurso contencioso-disciplinario militar de conformidad con lo previsto en el artículo 468.c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 13 de abril.

Por su parte, la Sala Quinta del Tribunal Supremo declaró, mediante Sentencia de 12 de julio de 1991, la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, por cuanto, en virtud también de lo dispuesto en el artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar, no cabe admitir recurso contencioso-disciplinario militar respecto de la Resolución de separación de servicio impuesta como consecuencia de Sentencia firme que imponga pena de privación de libertad superior a seis años por cualquier delito. La interpretación de dicha norma, dice la Sentencia, la hace aplicable tanto al procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario como al preferente y sumario.

## **II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL** **(Extracto literal de los fundamentos jurídicos)**

.....

4. Centrada en dichas coordenadas el motivo de amparo, se hace indispensable tomar como referencia el fallo inadmisorio de la pretensión del recurrente, que se juzga contrario al artículo 24 CE:

A) Sobre el control de la actividad sancionadora de la Administración ya se pronunció la STC 10/1988 al afirmar que «no puede negarse justamente por obra de lo dispuesto en el artículo 106 CE que los Tribunales poseen el control de la legalidad de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, incluida la sancionadora». Dentro de esta potestad está la supervisión del ajuste a la Ley y al Derecho (art. 103 CE) de la actuación administrativa mediante la aplicación de criterios jurídicos dentro de su competencia funcional. Admitida, pues, por imperativo constitucional (art. 106 CE) la necesidad de que los Tribunales controlen la actuación administrativa de naturaleza sancionadora de las Administraciones Públicas —en las que se integra la militar—, el mandato constitucional se refuerza y transforma en un derecho de los ciudadanos cuando en el ejercicio de la citada actividad sancionadora puede haberse vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el artículo 14 y Sección 1.ª del capítulo II del Título I del texto constitucional (art. 53.2 CE).

Consciente de ello ha sido el legislador cuando en el artículo 465

del Código Procesal Militar admite la posibilidad de acudir al recurso contencioso-disciplinario militar contra los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la Ley disciplinaria que causen estado en vía administrativa, y al prever en el párrafo 3.º del artículo 453 de la misma Ley procesal que contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 CE podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo disciplinario militar, preferente y sumario, que se regula en el Título V del Libro IV de la misma Ley.

B) La quiebra que para este régimen general de recurso supone lo dispuesto en el artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar obliga a indagar si el distinto criterio aplicado a los actos recogidos en el indicado precepto obedece a razones que, objetiva y razonablemente, sean atendibles en el plano constitucional. Ninguna matización a esta posibilidad de acceso a la vía judicial implican los actos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo. Los primeros, porque son actos que reproducen otros anteriores ya firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos cuyo acceso a la vía judicial habría sido posible respecto de aquellos actos anteriores, y los segundos, porque admiten expresamente la posibilidad de acudir al procedimiento contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario.

Otras razones, sin embargo, han de buscarse para comprender las causas que impiden el acceso a los Tribunales de aquellos actos como el aquí objeto de recurso que implican la imposición de la sanción de separación del servicio como consecuencia de Sentencia firme en que se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años. Para la Sala Quinta del Tribunal Supremo no nos encontramos aquí con la imposición de una sanción en la que se pueda vulnerar la legalidad ordinaria y los derechos fundamentales, sino simplemente de la adopción de una consecuencia automática de la imposición de una condena, y lógicamente, dice, hay que pensar que en el proceso correspondiente se han observado todos los derechos fundamentales y podido alegar cualquier tipo de infracción de los preceptos constitucionales. En definitiva, la separación del servicio no supondría una nueva sanción, sino «una obligada consecuencia de la condena».

Esta interpretación, sin embargo, no es razonable. Y no lo es porque la Sentencia penal condenatoria no ha impuesto en ningún momento, como pena principal o accesoria, la de separación del servicio

y ni siquiera la de inhabilitación absoluta a que se refiere el mismo apartado c) del artículo 468. La condena penal impone como pena accesoria la de suspensión de cargo público, cuya duración se circunscribe al tiempo de la condena. Por el contrario, la separación del servicio en este caso supone (arts. 64 de la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y 17 de la Ley Orgánica 11/1991 del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil) para el sancionado quedar fuera del Cuerpo de la Guardia Civil, perdiendo los derechos profesionales adquiridos. No se trata, por tanto, de una consecuencia automática ni obligada de la condena penal, sino derivada de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (arts. 73 y 74).

C) Estas razones impiden también atender los postulados que, en su escrito de alegaciones, mantiene el Abogado del Estado. Es posible convenir con él en que a los miembros de las Fuerzas de Seguridad, entre las que se incluye la Guardia Civil, les son exigibles cumplimientos de leyes penales más ejemplares que a cualquier otro ciudadano y que, precisamente por eso, la Administración del Estado tiene un poderoso interés en la irreprochabilidad penal de los miembros de las Fuerzas de Seguridad. Incluso quizá sea por ello por lo que el legislador haya optado por dejar a la Ley disciplinaria correspondiente la regulación de las consecuencias jurídicas que sobre la relación administrativa de servicios tiene una condena. Pero de aquí no es posible extraer la consecuencia de automatismo en la sanción que el mismo predica. Precisamente por las razones apuntadas la Ley disciplinaria prevé un conjunto de sanciones administrativas que pueden añadirse al miembro de las Fuerzas de Seguridad que haya sido condenado penalmente. Y es que, como quiera que la Sentencia penal no contiene pronunciamientos que afecten de manera definitiva a la relación administrativa de servicios, la misma Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas previene la incoación e instrucción de un expediente gubernativo e, incluso, un período probatorio dentro de él, con una serie de recursos en vía gubernativa que si revelan algo es, precisamente, el carácter no automático ni obligado de la consecuencia que sobre aquélla posee la condena penal.

La misma Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (art. 74) previene trámites y motivos de oposición y prueba en el expediente disciplinario —la falsedad, inexistencia o falta de firmeza de la Sentencia penal condenatoria—, a las que podría añadirse la prescripción de la falta (art. 65) o, por qué no, la infracción de derechos fundamentales constitu-

cionalmente reconocidos, que pueden hacer posible y necesaria la revisión judicial de las sanciones impuestas al amparo del artículo 74 de la Ley mencionada.

5. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido clara y terminante al respecto. En la STC 21/1981 ya señalamos que las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que «para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las Resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa». Más tarde, la STC 80/1983, en relación con determinadas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no susceptibles de recurso, aseveró de manera más tajante que habían de entenderse derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa alguna de las Resoluciones de dicho Tribunal por oponerse a los artículos 24.1, 106.1 y 117.5 CE, los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional. Finalmente, y en reiteración de la anterior posición jurisprudencial, la STC 197/1988 concluía que la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que con normas excluyentes de la vía judicial impida el acceso al proceso, prohibición esta última que se refuerza por lo prevenido en el artículo 106.1 CE cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas. A idénticas conclusiones llegaron la STC 22/1982 y el ATC 43/1984 respecto de sanciones disciplinarias militares, como es el caso de la aquí impuesta.

6. Centrados en el caso ahora enjuiciado, al demandante le fue impuesta una sanción disciplinaria de separación del servicio como consecuencia de haber sido condenado a una pena superior a los seis años de privación de libertad. En el expediente administrativo seguido al efecto alegó la infracción de determinados derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, en concreto los de legalidad (art. 25.1) y de igualdad (art. 14 CE), que fueron rechazados por la Resolución administrativa que le impuso la sanción disciplinaria. Iniciado contra aquella Resolución el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el mismo fue inadmitido por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar.

Pues bien, como este Tribunal ha declarado reiteradamente, el derecho a la tutela judicial efectiva implica, ciertamente, el derecho a obtener una Resolución fundada en Derecho sobre la pretensión suscitada ante los órganos judiciales, que puede ser de inadmisión cuando se funde en una causa prevista legalmente. Pero también es cierto que el control por parte del Tribunal Constitucional sobre la selección de la norma aplicada podrá tener lugar, entre otras causas, si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional o legal de los controles normativos (art. 106.1 CE) o si de dicha selección o interpretación se ha seguido daño alguno de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el propio artículo 24 CE, como es en este caso el derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 24/1990, 26/1990 y 90/1990).

A la luz de todo lo dicho es preciso concluir que a la Sentencia pronunciada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo no le es imputable una selección arbitraria o errónea de la norma. Sin embargo, la aplicación del artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar ha conducido a un resultado que es contrario a la protección del derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 CE, en cuanto que se ha impedido al actor el acceso a la jurisdicción y truncado su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión mediante la aplicación de una causa de inadmisión que no se adecua a las exigencias constitucionales. Por esta razón, la consecuencia no puede ser otra que la de acordar la nulidad de la mentada Resolución como nos piden el demandante y el Ministerio Fiscal.

7. Ahora bien, tras llegar a la anterior conclusión, es de advertir que esa consecuencia, lesiva del derecho fundamental como el examen anterior ha puesto de relieve, deriva de lo prescrito en el artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar, precepto que, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los artículos 24.1, 106.1 y 53.2 CE.

Por esta razón, el Pleno que ha avocado a instancia de la Sala Segunda el conocimiento del presente recurso de amparo, en atención a lo dispuesto en el artículo 55.2 LOTC, decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar. Examen de inconstitucionalidad que ha de llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado en el presente recurso de amparo (art. 24.1 CE), sino también en relación con el carácter subsidiario de este recurso (art. 53.2 CE) y desde la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (art. 106.1 CE).



### III. FALLO

1.º Reconocer el derecho del recurrente a obtener la tutela judicial efectiva.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia pronunciada el 12 de julio de 1991 por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, número 2/24/89, y devolver las actuaciones a fin de que pueda dictarse una Sentencia sobre el fondo del asunto.

3.º Plantear de acuerdo con el artículo 55.2 LOTC cuestión de inconstitucionalidad del artículo 468.c) de la Ley Procesal Militar por la posible vulneración de los artículos 24.1, 53.2 y 106.1 CE.

**Sentencia 190/1994, de 20 de junio. Sala Primera («BOE», núm. 177, de 26 de julio).**

**Recurso de amparo 2701/1992.**

**Materia: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: indefensión imputable al órgano judicial.**

**Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos que dan lugar al presente recurso de amparo vienen resumidos en el fundamento jurídico 1, que seguidamente se transcribe.

### II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo lo constituye el Auto del Tribunal Supremo (Sala Quinta) de 8 de octubre de 1992 que resolvió tener por no preparado el recurso de casación interpuesto por el hoy actor contra la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto, con sede en La Coruña, por haberse recibido el escrito de preparación en la Relatoría del referido Tribunal una vez transcurrido el plazo previsto al efecto en el artículo 212.2, en conexión con el artículo 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.). Ello a pesar de que el escrito se había presentado dentro del plazo de cinco días, desde la notificación al condenado, en el Juzgado de Guardia de Logroño, donde el

actor estaba destinado como guardia civil y donde también residía su Letrada.

Estima la parte que con la resolución impugnada la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha vulnerado el artículo 24.1 CE, manteniendo una interpretación rígidamente formalista del tenor literal del artículo 855 LECrim. y cerrando con ello el acceso a un recurso que legalmente procedía contra la Sentencia de instancia. Esta imputación genérica vendría reforzada por las circunstancias concurrentes en el caso, pues a todo lo largo del proceso, en la instancia, el Tribunal Militar se había valido de los órganos de la jurisdicción ordinaria para comunicarse con la parte; además, afirma el actor que el propio Tribunal Militar había confirmado la validez de la presentación de escritos ante el Juzgado de Guardia ante la consulta telefónica evacuada al efecto por su Letrado. Y para culminar las peculiaridades del presente caso, el Tribunal Militar Territorial tuvo por adecuadamente preparado el recurso en su Auto de 30 de abril de 1992.

2. La cuestión de fondo planteada afecta, pues, a la virtualidad del artículo 24.1 CE en cuanto garantía del derecho a la doble instancia en materia penal. Como ha mantenido una jurisprudencia de este Tribunal, tan reiterada que excusa su cita exhaustiva, «el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley», lo que «obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior» (STC 42/1982, FJ 3.º). Por ello, si, en general, la existencia de un recurso legalmente previsto impone a Jueces y Tribunales una interpretación de la norma procesal teleológicamente fundada y orientada a no impedir el acceso al conocimiento judicial por formalismos irrazonables (SSTC 54/1984, 59/1988, 174/1988 o 175/1988, entre otras), esta interpretación flexible viene aún más reforzada por su relevancia constitucional cuando el recurso tiende a revisar una resolución sancionadora en materia penal dada la trascendencia que el proceso impugnatorio tiene por sí mismo (SSTC 19/1983, 154/1987, 37/1988, 106/1988, 83/1992 y 91/1994, entre otras) desde la perspectiva del artículo 24 CE.

Lo anterior no empece a que no sería constitucionalmente ilegítima una resolución que, incluso en materia penal, se abstuviera de conocer del fondo del asunto por razones estrictamente procesales. Debe subrayarse, sin embargo, que en este ámbito las exigencias de racionalidad interpretativa de las normas y de proporcionalidad en las sanciones forzarían a restringir tan drástico resultado a los solos casos en que los actos u omisiones de la parte, fundados en motivos sólo a ella imputables, ocasionaran un quebrantamiento de las formas establecidas de tal entidad que frustrase gravemente la finalidad legítima perseguida por ellas.

3. A la luz de esta doctrina debe valorarse lo sucedido en el caso. Y al respecto el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de amparo, en primer lugar, por considerar que la Sala del Tribunal Supremo incurrió en una posible inadvertencia que condujo al rechazo del recurso de casación. En opinión del Ministerio Público, la Sala no tuvo en cuenta que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 212, en conexión con el artículo 160 LECrim., en el caso había existido una doble notificación — al condenado y a su Letrada—, habiendo tenido lugar la última de ellas el 22 de abril de 1992, como consta en las actuaciones. De este modo, a pesar del retraso en llegar el escrito, en el momento en que se registró en la Relatoría del Tribunal de Instancia el escrito de preparación del recurso — 27 de abril—, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 LECrim., todavía no había transcurrido el plazo de cinco días previsto en el precepto legal.

Como este Tribunal ha tenido ya ocasión de reiterar, el cómputo de los plazos para la presentación de escritos en el proceso pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y corresponde en consecuencia su interpretación a los Jueces y Tribunales, siempre que no obtengan unas conclusiones manifiestamente formalistas o injustificadamente restrictivas del acceso al recurso (SSTC 200/1988, 1/1989 y 155/1991, entre otras).

Partiendo de esta base, ha de estarse de acuerdo con el Ministerio Fiscal, pues no resulta conforme con el artículo 24.1 CE una resolución judicial que desconoce la existencia de una posterior notificación al Letrado del actor, fijando el *dies a quo* para el cómputo del plazo para recurrir en casación en una fecha anterior, sin justificar mínimamente la razón por la que se desconoce la segunda notificación practicada y se desdeña su efectividad para servir de inicio al plazo de caducidad cuando es la propia norma legal la que le impone *prima facie* y anuda a ella el cómputo de dicho plazo —por ser la última practicada—. En

síntesis, no puede considerarse adecuada a las garantías consagradas en el artículo 24.1 CE una interpretación judicial que considera extemporánea la presentación del escrito cuando aún no había transcurrido el plazo de cinco días desde la última notificación porque produce un efecto desproporcionadamente gravoso en el derecho del recurrente a que su causa sea revisada por un Tribunal Superior, que no se justifica por la salvaguardia de otros valores apreciables desde la perspectiva del propio artículo 24.1 CE.

4. A mayor abundamiento, también resultan aceptables los argumentos de la parte en su segundo motivo de amparo, relativo a la inadmisibilidad del escrito presentado en el Juzgado de Guardia, ya que la conducta del actor ha tenido su origen, de forma patente, en la práctica seguida por el Tribunal Territorial Militar. Como se desprende de las alegaciones del actor, a lo largo del proceso el Tribunal Territorial Militar recurrió, para efectuar los actos de comunicación, a la cooperación judicial con órganos de la jurisdicción ordinaria. Y se ratificó en la normalidad de esta conducta admitiendo el escrito de preparación del recurso como presentado en tiempo, una vez que éste se depositó en el Juzgado de Guardia de Logroño, con expresa mención del órgano jurisdiccional al que el citado escrito se dirigía.

Es cierto que la cooperación judicial (arts. 273 y sigs. LOPJ) es un conjunto de técnicas diseñado para facilitar la tarea de dispensación de la Justicia, que por ello mismo está concebida para desplegarse en la relación entre órganos judiciales; y es cierto también que el justiciable no puede pretender que del artículo 24 CE se deduzca un derecho a beneficiarse de aquellas técnicas, desnaturalizándolas. Pero sin desmentir lo anterior, en este caso concreto no puede ignorarse la responsabilidad que el órgano judicial inferior ha tenido en la conformación de la conducta de la parte, ratificada —ya se ha dicho— por la propia admisión del carácter regular de la presentación del escrito en el Juzgado de Guardia. En efecto, se trataría, en este caso, de un error de la parte inducido por la conducta previa del órgano jurisdiccional, una conducta uniforme y sin fisuras que pudo razonablemente generar en el justiciable la convicción de la aptitud del Juzgado de Guardia del lugar de su residencia como sede para la presentación de escritos cuando no cabía dudar sobre cuál era el órgano judicial al que aquéllos se dirigían.

En suma, tratándose de aplicar aquí una variante de la jurisprudencia de este Tribunal sobre las consecuencias del error de la parte inducido por el comportamiento del órgano judicial (por todas, STC 10/1987), no puede sino extraerse como consecuencia que la resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, al desconocer las circunstancias concurrentes en el caso

y cerrar el acceso a la vía del recurso por no considerarlo adecuadamente preparado, ha hecho recaer sobre el justiciable todas las consecuencias de una conducta errónea de la que aquél no era responsable, y por ello la conclusión extraída deviene desproporcionada, vulnerando el artículo 24.1 CE (SSTC 46/1989, 49/1989, 121/1990 y 127/1991).

Por todo lo anterior, procede estimar el recurso de amparo.

### III. FALLO

Estimar el recurso y en su virtud:

1.º Declarar el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución anulada para que por la Sala se dicte otra que respete el derecho fundamental del actor.

## 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, Territorial y Constitucional (1).*

*El período considerado abarca desde enero a junio de 1994, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando los de julio y sucesivos para el próximo número de la REDEN, aunque estén ya publicados en el número 11 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 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)**

**Índice alfabético**

*Acta de la vista del juicio oral:*

Valor probatorio. STS 20/94.

*Acto de servicio de armas:* STS 10/94.

*Agravantes:*

Reincidencia. STS 45/94.

*Animus injuriandi:* STS 25/94.

*Atenuantes:*

Arrebató. STS 17/94.

Embriaguez. STS 11/94.

Obcecación. STS 17/94.

Provocación previa. STS 30/94.

Trastorno mental transitorio. STS 37/94.

*Declinatoria de inhibición:* ATS 24/94.

*Delitos:*

Abandono de destino. STS 8/94; STS 24/94.

Abandono de servicio de armas. STS 11/94.

Abandono del puesto de centinela. STS 10/94.

Abuso de autoridad. STS 17/94; STS 23/94; STS 36/94; STS 43/94; STS 45/94.

Contra centinela: Desobediencia o resistencia a obedecer órdenes de centinela. STS 6/94.

*Contra la eficacia del servicio:*

Imprudencia en acto de servicio de armas. STS 5/94.

Incumplimiento de los deberes militares fundamentales. STS 22/94.

Incumplimiento por negligencia de deberes militares, causando grave daño al servicio. STS 22/94; STS 41/94.

No toda imprudencia que da lugar a resultado lesivo constituye el tipo del artículo 155 del C.P.M. STS 39/94.

Contra la hacienda en el ámbito militar:

Prevalerse de su condición para procurarse intereses. STS 33/94.

Contra los deberes del centinela. STS 16/94.

Denuncia falsa de existencia en lugar militar de aparato explosivo. STS 38/94.

Deserción. STS 9/94; STS 12/94; STS 18/94.

Absolución basada en el error en uno de los elementos del tipo. STS 12/94.

Deslealtad:

Diferencia entre el delito del artículo 117 C.P.M. y de la falta disciplinaria del artículo 8.9 de la L.O. 11/91. STS 1/94.

Desobediencia. STS 14/94; STS 15/94.

Embriaguez en acto de servicio de armas. STS 11/94.

Incumplimiento por negligencia de deberes militares, causando grave daño al servicio. STS 41/94.

Injurias a los Ejércitos. STS 25/94.

Insulto a superior. STS 13/94; STS 19/94; STS 26/94; STS 42/94.

Examen de la figura de la amenaza. STS 44/94.

Inutilización voluntaria para eximirse del servicio militar:

Tentativa. Concepto de delito putativo y tentativa imposible. STS 3/94.

Maltrato de obra a un inferior. STS 20/94; STS 23/94.

Trato degradante. STS 20/94.

*Derechos:*

A la intimidad. STS 33/94.

Libertad religiosa. ATS 24/94.

Presunción de inocencia. STS 13/94; STS 33/94.

Proceso sin dilaciones indebidas. STS 23/94.

*Disciplina:*

No puede justificar la agresión al inferior. STS 23/94.

*Documentos:*

Carácter a efectos casacionales. STS 2/94; STS 9/94; STS 19/94; STS 23/94.

Falsedad en documento oficial. STS 1/94.

No tienen tal consideración los informes médicos a efectos casacionales. STS 32/94.

*Embriaguez:* STS 11/94.

*Error de tipo:* STS 7/94.

*Eximentes:*

Cumplimiento de un deber. STS 43/94.



Estado de necesidad. STS 43/94.

Trastorno mental transitorio. STS 27/94; 42/94.

*Guardia Civil:*

Carácter militar de los «eventuales» mientras estén incorporados al servicio. STS 26/94.

*Guardia de seguridad:* STS 41/94.

*Hechos probados:*

Inexistencia de contradicción. STS 23/94.

No deducción de relación de causalidad psicológica y reprochable entre la actuación del inculpado y el resultado. STS 39/94.

*Indefensión:* STS 35/94.

Por no fundamentar, la sentencia, la convicción alcanzada. STS 18/94.

*Mando:*

Concepto. STS 11/94.

*Militar:*

Profesional. STS 8/94.

De reemplazo. STS 8/94.

*Orden militar:*

Legitimidad. STS 14/94.

*Pena:*

Individualización. STS 30/94.

*Presunción de inocencia:* STS 4/94; STS 13/94; STS 21/94; STS 23/94; STS 33/94; STS 35/94.

No se vulnera con actividad probatoria de cargo directa o circunstancial suficiente realizada con las garantías procesales. STS 38/94.

No se vulnera con actividad probatoria suficiente realizada con las garantías procesales. STS 31/94.

Se desvirtúa con prueba de cargo suficiente. STS 24/94; STS 36/94; STS 42/94.

*Principio acusatorio:* STS 6/94; STS 33/94.

*Principio de contradicción:* STS 19/94.

*Principio de economía procesal:* STS 17/94.

*Principio de igualdad ante la ley:* STS 13/94.

*Principio de legalidad:* STS 15/94.

*Principio «non bis in idem»:* STS 9/94; STS 29/94.

*Procedimiento:*

Dilación indebida en su tramitación. STS 37/94.

*Prueba:*

Actividad probatoria suficiente. STS 24/94; STS 31/94.

De testigos. STS 19/94.

Error en la apreciación. STS 29/94; STS 33/94.

Error en la apreciación, no existencia. STS 38/94.

Indiciaria. STS 19/94.

Libre apreciación por el Tribunal de Instancia. STS 21/94.

Obtención con violación de derechos fundamentales. STS 4/94.

Valoración. STS 4/94.

*Recurso de casación:*

Acta del juicio oral: No constituye documento a efectos de demostrar el error del juzgador en la apreciación de la prueba. STS 20/94.

Documento: Carácter a efectos casacionales. STS 19/94.

Falta de designación de particulares de los documentos demostrativos del error en el escrito de interposición. STS 37/94.

Incongruencia omisiva de la sentencia. STS 34/94.

Informes médicos: No tienen valor de documento a efectos casacionales. STS 32/94.

Interpretación extensiva a todos los Autos definitivos de los Tribunales Militares. ATS 1/94.

Legitimación mandos militares superiores. ATS 17/94.

Naturaleza. STS 20/94.

Procedencia contra auto de sobreseimiento aunque no se haya procesado a persona alguna. STS 2/94.

*Recurso de revisión:*

Falta de presupuesto legal para abrir el procedimiento. ATS 15/94.

*Responsabilidad civil:* STS 28/94.

Del Estado. STS 5/94.

Falta de respuesta a todas las pretensiones de la acusación particular. STS 40/94.

*Retroactividad:*

No retroactividad del artículo 119 del C.P.M. STS 9/94.

*Sentencia:*

Convicción: Expresa mención de su fundamento. STS 36/94.

Error material. STS 15/94.

Incongruencia omisiva. STS 29/94; STS 34/94; STS 40/94.

Motivación. STS 18/94; STS 34/94.

Predeterminación del fallo: Inexistencia. STS 24/94; STS 38/94.

*Servicio:*

Grave daño. STS 22/94.

*Sobreseimiento:*

Definitivo: Legitimación para recurrir en casación de los mandos militares superiores. ATS 17/94.

*Superior:*

Concepto. STS 7/94.

Por la función desempeñada. STS 26/94.

*Tipicidad:* STS 15/94.

*Trato degradante:* STS 20/94.

*Vista oral:*

Suspensión, examen del artículo 746.3 L.E.C.R. STS 46/94.

## JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

### SENTENCIA NUM. 1/94

- Sentencia:** De 18 de enero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Javier Sánchez del Río Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de deslealtad. Diferencia entre el delito previsto en el artículo 117 del Código Penal Militar y la falta disciplinaria del artículo 8.9.º de la Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Identidad de bien jurídico y diferencia cuantitativa. Entidad de los deberes incumplidos y valoración de las circunstancias concurrentes. Falsedad en documento oficial y larga duración del engaño.
- Normas aplicadas:** Artículo 117 del Código Penal Militar. Artículo 8.9 de la Ley Orgánica 11/1981. Artículo 9.2 de la Ley Orgánica 12/1985.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 44-47.)

### SENTENCIA NUM. 2/94

- Sentencia:** De 1 de febrero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra auto de sobreseimiento definitivo dictado por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Cabe el recurso de casación contra autos de sobreseimiento aunque no se halle procesada persona alguna y cualquiera que fuere su causa. No concurre quebrantamiento de forma ni error en la apreciación de la prueba. Documentos a efectos de casación. Diferencia con sentencia penal a efectos de casación. No infracción de preceptos del *Código Penal Militar*.

**Normas aplicadas:** Artículos 637, 848 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 325 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 565 del Código Penal. Artículos 155, 159 y 173 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 48-52.)

#### SENTENCIA NUM. 3/94

**Sentencia:** De 2 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra auto de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Inutilización voluntaria para el servicio militar. La exclusión del servicio militar no supone sin más que el sujeto activo del delito sea inimputable. Concepto de delito putativo y tentativa posible. Diferencia con tentativa.

**Normas aplicadas:** Artículos 35 y 125 del Código Penal Militar. Artículos 3 y 52 del Código Penal.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 53-57.)

#### SENTENCIA NUM. 4/94

**Sentencia:** De 8 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Francisco de Querol Lombardero.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Alegación de presunción de inocencia y libre valoración de la prueba por el Tribunal. Doctrina reiterada del Tribunal Supremo y Constitucional. Vacío probatorio o prueba practicada sin garantías procesales o con violación de los derechos fundamentales.

**Normas aplicadas:** Artículos 24.2 y 117.3 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 58-59.)

#### SENTENCIA NUM. 5/94

**Sentencia:** De 11 de febrero de 1994.

**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. Estimación parcial del recurso.

**Materia:** Delito contra la eficacia del servicio del artículo 159, párrafo segundo, del Código Penal Militar. Indemnizaciones derivadas de los daños y perjuicios sufridos por el ofendido. La responsabilidad civil del Estado no puede comprender los gastos ocasionados en hospitales militares.

**Normas aplicadas:** Artículos 5 y 48 del Código Penal Militar. Artículos 19, 22, 101 a 104 y 117 del Código Penal. Artículos 156.4 y 1.192 del Código Civil. Artículos 378 y 379 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 60-63.)

#### SENTENCIA NUM. 6/94

**Sentencia:** De 14 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Javier Sánchez del Río Sierra.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito previsto en el artículo 85 del Código Penal Militar. Sentencia absolutoria en aplicación del principio acusatorio. Deficiente planteamiento de la cuestión en la vista. Tipos básicos y agravados contenidos en el artículo 85 del Código Penal Militar. Complejidad, imprecisión del Fiscal y principio acusatorio. Principio de una administración de justicia sin dilaciones indebidas y retrasos no razonables que afectan a la disciplina.

**Normas aplicadas:** Artículos 11 y 85 del Código Penal Militar. Artículo 24.2 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 64-69.)

#### SENTENCIA NUM. 7/94

**Sentencia:** De 16 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Luis Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de un Tribunal Militar. Desestimación del recurso.

**Materia:** Error de tipo invencible sobre la condición de superior. Concepto de superior como elemento del tipo del 101 del Código Penal Militar. Análisis del concepto de superior del artículo 12 del Código Castrense. Exigencia en el dolo del autor de la consideración propia como inferior. Desconocimiento de un elemento objetivo del tipo.

**Normas aplicadas:** Artículos 5, 12 y 101 del Código Penal Militar. Artículos 67 bis, a), párrafo 2.º, del Código Penal. Artículo 50 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 70-74.)

#### SENTENCIA NUM. 8/84

**Sentencia:** De 16 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Distinción entre militares de empleo —que son militares profesionales— y los que se incorporan para cumplir el servicio militar, a los efectos de determinar el sujeto activo del delito previsto en el artículo 119 del Código Penal Militar. El elemento normativo del tipo de este delito no quiebra el principio de legalidad.

**Normas aplicadas:** Disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley Orgánica 13/1991. Artículo 3 de la Ley 17/1989. Artículos 119 y 119 bis del Código Penal Militar. Artículo 25 de la Constitución.

(BJM, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 75-77.)

#### SENTENCIA NUM. 9/94

**Sentencia:** De 18 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de desertión. No congruencia de error en la valoración de la prueba. Análisis de los dos documentos a efectos casacionales. Elementos que integran el tipo previsto en el artículo 120 del Código Penal Militar, en su anterior redacción. No aplicación retroactiva del artículo 119 del mismo Código. Principio *non bis in idem*. Sanción disciplinaria dictada en contravención con el artículo 4 de la Ley Orgánica 12/1985. La doble sanción no vulnera el artículo 25.1 de la Constitución al tratarse de bienes jurídicos diferentes y relación de especial sujeción. No ejecución de la sanción disciplinaria.

**Normas aplicadas:** Artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución. Artículos 119 y 120 del Código Penal Militar. Artículo 9.30 de la Ley Orgánica 12/1985.

(BJM, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 78-85.)

#### SENTENCIA NUM. 10/94

**Sentencia:** De 28 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.



- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso del Fiscal.
- Materia:** Delito de abandono de puesto de centinela. Elementos de este delito. Acto de servicio de armas. Ausencia del centinela del lugar cuya vigilancia se le confía. Abandono consciente y deliberado.
- Normas aplicadas:** Artículos 11, 16, 35 y 146.3 del Código Penal Militar. Artículos 32, 33 y 63 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 86-89.)

#### AUTO NUM. 1/94

- Auto:** De 17 de enero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Procedimiento:** Recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra auto de un Tribunal Militar Territorial por el que se acuerda la inhibición a favor de la Jurisdicción ordinaria.
- Materia:** Interpretación extensiva del recurso de casación penal a todos los autos definitivos de los Tribunales Militares en los casos en que la Ley lo autorice. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Normas aplicadas:** Artículos 97, 290, 324, 325 y Disposiciones Adicionales Primera de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículos 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43, 69, 137, 848, 858, y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 90-91.)

#### SENTENCIA NUM. 11/94

- Sentencia:** De 7 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Voto particular:** Don Baltasar Rodríguez Santos.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.

**Materia:** Delitos de embriaguez en acto de servicio y abandono de servicio de armas. Interpretación del párrafo segundo del artículo 148 del Código Penal Militar. La expresión «que ejerce mando» comprende a todo militar que ejerza mando aunque no fuere el del servicio perjudicado por la embriaguez. El delito de embriaguez en acto de servicio queda consumido dentro del delito de abandono de servicio, que es la culminación de la conducta que comenzó con la embriaguez. No apreciación de la atenuante de embriaguez en el abandono de servicio. Propuesta de indulto parcial. Voto particular: El hecho de ser «Jefe de Patrulla» no supone ejercer mando, al existir dos mandos superiores en el servicio que se prestaba.

**Normas aplicadas:** Artículos 144.3.º y 148 del Código Penal Militar. Artículos 22 y 25 de las Reales Ordenanzas de la Armada. Artículo 15 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire. Artículo 14 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Artículo 81 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 5-10.)

#### SENTENCIA NUM. 12/94

**Sentencia:** De 8 de marzo de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Javier Sánchez del Río Sierra.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de deserción. Absolución basada en el error en uno de los elementos de tipo. Obrar en la creencia de no ser militar. Error de una alumna de un centro docente sobre su condición militar.

**Normas aplicadas:** Artículos 119 y 120 del Código Penal Militar. Artículo 6 bis.a).

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 11-14.)

#### SENTENCIA NUM. 13/94

- Sentencia:** De 9 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de insulto a superior. Derecho a la presunción de inocencia. Apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia. No discriminación contraria al principio constitucional de igualdad.
- Normas aplicadas:** Artículos 741, 849 y 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 14 y 24.2 de la Constitución. Artículo 322 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 15-18.)

#### SENTENCIA NUM. 14/94

- Sentencia:** De 16 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de desobediencia. Características que definen la legitimidad de una orden. Legitimidad de la orden incumplida. Funciones de la Escala Básica de Suboficial Especialista del Ejército de Tierra.
- Normas aplicadas:** Artículos 15, 19 y 102 del Código Penal Militar. Artículos 14, 17 y 80 de la Ley 17/1989. Artículos 167, 192 y 193 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Artículos 32 y 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 19-22.)

### SENTENCIA NUM. 15/94

- Sentencia:** De 18 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de desobediencia. Simple error material de la sentencia. No existe razón alguna para circunscribir la aplicación del párrafo tercero del artículo 102 del Código Penal Militar a los militares profesionales. Bien jurídico protegido. La expresión conjunta de las penas de prisión y pérdida de empleo no autoriza para excluir la autoría de los militares de reemplazo. No infracción de los principios de legalidad y tipicidad.
- Normas aplicadas:** Artículos 102, 119 y 119 bis del Código Penal Militar. Artículo 3 y Disposición Adicional Octava de la Ley Orgánica 13/1991. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 23-26.)

### SENTENCIA NUM. 16/94

- Sentencia:** De 21 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.
- Materia:** Delito contra los deberes del centinela. Concepto de «grave daño» en el delito previsto en el artículo 147.3.º del Código Penal Militar. Deslinde con la falta grave disciplinaria. Desconexión entre el daño funcional al servicio y los daños materiales reales. Separación conceptual entre este delito y el artículo 157 (delito contra la eficacia del servicio). Ausencia de dolo o culpa en la producción del resultado. Hecho constitutivo de falta.

**Normas aplicadas:** Artículos 2, 147-3.º, 155 y 157 del Código Penal Militar. Artículo 9.5 de la Ley Orgánica 12/85. Artículos 565 y 600 del Código Penal.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 27-30.)

#### SENTENCIA NUM. 17/94

- Sentencia:** De 23 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. *Desestimación del recurso.*
- Materia:** Delito de abuso de autoridad. Artículo 104, párrafo primero, del Código Penal Militar: elementos configuradores. Permanencia de la relación jerárquica. Inexistencia de la atenuante del artículo 9.8.º del Código Penal (arrebato u obcecación). Desconexión temporal y reacción desproporcionada.
- Normas aplicadas:** Artículo 104 del Código Penal Militar. Artículo 12 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Artículo 9.8.º del Código Penal.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 31-34.)

#### SENTENCIA NUM. 18/94

- Sentencia:** De 24 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. *Estimación del recurso.*
- Materia:** Delito de desertión. Obligación de motivación de las sentencias. Indefensión al no fundamentar la sentencia la convicción alcanzada. Nulidad equiparable al quebrantamiento de forma.
- Normas aplicadas:** Artículos 24 y 120.3 de la Constitución. Artículos 5, apartado 4, y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículos 741 y 901 bis.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 85, regla 2.ª, y 322 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 120 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 35-37.)

#### SENTENCIA NUM. 19/94

- Sentencia:** De 11 de abril de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delitos de incitación a la sedición militar e insulto a superior. Presunción de inocencia y facultad del Tribunal en orden a la libre valoración de la prueba. Plazo suficiente para la preparación de la defensa. Valor de la prueba indiciaria. No suspensión del juicio oral por incomparencia de testigos. Principio de contradicción procesal e interrogatorio de testigos propuestos por la otra parte. Carácter de documento a efectos casacionales. Las injurias con publicidad a altos Jefes de la Guardia Civil integran el delito de insulto a superior.
- Normas aplicadas:** Artículos 14 y 24 de la Constitución. Artículos 701 y siguientes, 708, 741, 746.3.º, 849.1.º y 884.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 279 y 284 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 101 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 38-44.)

#### SENTENCIA NUM. 20/94

- Sentencia:** De 12 de abril de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Rasgos de nuestro ordenamiento procesal penal. Naturaleza del recurso de casación y sistema de instancia única. Excepcionalidad de las facultades revisoras del Tribunal de Casación en orden a los hechos declarados probados. Contradicción entre el acta del juicio oral y la sentencia. Valoración de la prueba y falta de inmediación del Tribunal de Casación. Inexistencia de maltrato de obra a inferior. Concepto de trato «degradante» y diferencia con expresiones levemente injuriosas.

**Normas aplicadas:** Artículo 849.1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 104 y 106 del Código Penal Militar. Artículos 8.14 y 15, y 9.11 y 18 de la Ley Orgánica 12/1985. Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Artículo 15 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 45-49.)

#### SENTENCIA NUM. 21/94

**Sentencia:** De 14 de abril de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional contra sentencia dictada por Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Presunción de inocencia. Improcedencia de la alegación al impugnarse la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 24 de la Constitución. Artículo 322 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 50-51.)

#### SENTENCIA NUM. 22/94

**Sentencia:** De 18 de abril de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.

- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso interpuesto por el Fiscal.
- Materia:** Delito contra la eficacia del servicio. Características del delito previsto en el artículo 157.4.º del Código Penal Militar. Delito de omisión cualificado por el resultado. Inexistencia de grave daño o riesgo para el servicio. Delito culposo previsto en el artículo 158 del Código Penal Militar. Doctrina de la homogeneidad y principio acusatorio. Necesidad que se produzca grave daño al servicio.
- Normas aplicadas:** Artículos 102, 157.4.º y 158 del Código Penal Militar. Artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 52-55.)

#### SENTENCIA NUM. 23/94

- Sentencia:** De 29 de abril de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Voto particular:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y de preceptos constitucionales contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de abuso de autoridad. Inexistencia de contradicción entre los hechos probados. Documentos a efectos casacionales. Inexistencia de error en la apreciación de la prueba. Infracción del derecho a la presunción de inocencia: no concurre. Criterio interpretativo de la Sala en relación con el delito de maltrato de obra a un inferior. Rechazo de que la disciplina pueda ser factor justificativo para la agresión al inferior. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Propuesta de indulto total de la pena impuesta. Voto particular: existencia de contradicciones en los hechos probados de la sentencia, que deberían determinar la estimación del recurso por quebrantamiento de forma.
- Normas aplicadas:** Artículos 741, 849.1.º y 2.º, 851.1.º, 884.3.º y 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 5.4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 24.2 y 53.1 de



la Constitución. Artículos 41 y 104 del Código Penal Militar. Artículo 37 de la Ley Orgánica 12/1985. Artículo 6.1.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

(BJM. núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 56-66.)

#### SENTENCIA 24/94

- Sentencia:** De 4 de mayo de 1994.
- Tribunal:** *Supremo, Sala de lo Militar.*
- Ponente:** Don José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Predeterminación del fallo: no existe cuando en el relato probatorio se emplean palabras que no tienen un exclusivo significado jurídico, ni aparecen en la descripción del delito imputado, ni son determinantes de la acción delictiva apreciada. Presunción de inocencia: se desvirtúa cuando hay prueba de cargo suficiente. Falta de justificación de la ausencia. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 119 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 67-69.)

#### SENTENCIA NUM. 25/94

- Sentencia:** De 5 de mayo de 1994.
- Tribunal:** *Supremo, Sala de lo Militar.*
- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de injurias a los Ejércitos. Elemento subjetivo del delito o *animus injuriandi*. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 90 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 70-72.)

### SENTENCIA NUM. 26/94

- Sentencia:** De 5 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Carácter militar de los miembros de la Guardia Civil, aun en la condición de «eventuales», mientras estén incorporados al servicio y cumplan funciones propias de su empleo: condición de «superior» en base a la función desempeñada. Realización de la conducta típica del delito de insulto a superior. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículos 8, 12 y 99 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 73-76.)

### SENTENCIA NUM. 27/94

- Sentencia:** De 9 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Trastorno mental transitorio: definición. No concurrencia como eximente completa. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 8.1 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 77-80.)

### SENTENCIA NUM. 28/94

- Sentencia:** De 10 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Responsabilidad civil derivada del delito: falta de conclusión concreta tras el desarrollo jurídico. La cuantía de las indemnizaciones derivadas de delito corresponden a la soberanía de la Sala de instancia, con excepción de las bases de fijación, y no son discutibles en casación. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- (BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 81-84.)

#### SENTENCIA NUM. 29/94

- Sentencia:** De 10 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Incongruencia omisiva: no existe tal vacío procesal si la cuestión que se dice no resuelta por el Tribunal, no ha sido mencionada en el escrito de conclusiones provisionales, ni al elevar éstas a definitivas. *Non bis in idem*: no se infringe este principio cuando autoridades de distinto orden sancionan unos mismos hechos siempre que exista con el sancionado una especial relación de supremacía. Error en la apreciación de la prueba: existencia. Admisión del recurso por este motivo.
- Normas aplicadas:** Artículo 4 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículos 851.3 y 849.2.
- (BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 85-91.)

#### SENTENCIA NUM. 30/94

- Sentencia:** De 16 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** Don Francisco J. Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Provocación previa. Requisitos para su apreciación; individualización de la pena: se han aplicado los criterios previstos en la Ley a tal fin. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículos 22 y 35 del Código Penal Militar.
- (*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 92-95.)

#### SENTENCIA NUM. 31/94

- Sentencia:** De 17 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Francisco J. Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Presunción de inocencia: se reitera la doctrina tradicional de que no se produce vulneración de ese derecho fundamental cuando existe actividad probatoria suficiente realizada con las garantías procesales de la que resulta prueba de cargo. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 24 de la Constitución.
- (*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 96-98.)

#### SENTENCIA NUM. 32/94

- Sentencia:** De 17 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley y de principio constitucional contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Un informe médico de antecedentes clínicos del acusado y unas conclusiones que han venido al proceso penal no

como prueba pericial, sino como documentos a efectos probatorios. Inexistencia de error en la apreciación de esa prueba. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 99-102.)

#### SENTENCIA NUM. 33/94

- Sentencia:** De 18 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito contra la hacienda en el ámbito militar. No existe vulneración del derecho a la intimidad, ni del derecho a la presunción de inocencia, ni del principio acusatorio. Inexistencia de error en la valoración de la prueba. Subsuncción de la conducta en el artículo 191 del Código Penal Militar. Análisis de los elementos «prevalerse de su condición» y «procurarse intereses». No exigencia típica de perjuicio para la Administración. Elemento intencional y error de tipo.
- Normas aplicadas:** Artículo 325 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 24.1 y 2, y 25.1 de la Constitución. Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 191 del Código Penal Militar. Artículos 6 bis a) y 401 del Código Penal.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 103-111.)

#### SENTENCIA NUM. 34/94

- Sentencia:** De 19 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y por infracción de precepto constitucional contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Incongruencia omisiva o «fallo corto»: planteado por la Defensa la concurrencia de una circunstancia eximente, no se obtiene respuesta del Tribunal Sentenciador, por lo que se incurre en quebrantamiento de forma. Falta de motivación de la sentencia. Estimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 85.2.º de la Ley Procesal Militar. Artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 112-114.)

#### SENTENCIA NUM. 35/94

**Sentencia:** De 23 de mayo de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Presunción de inocencia: pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías procesales. Indefensión: no toda irregularidad procesal la produce, sino sólo cuando al justiciable se le priva de la posibilidad de defenderse. Teoría de los «frutos del árbol envenenado». Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 25 de la Constitución Española. Artículos 520.2 y 389 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 115-124.)

#### SENTENCIA NUM. 36/94

**Sentencia:** De 27 de mayo de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Presunción de inocencia: actividad probatoria suficiente de cargo. Expresa mención de los fundamentos de convicción del Tribunal *a quo* sobre los hechos probados. Elemento intencional del delito de abuso de autoridad y análisis del mismo. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículos 24.1, 10, 15 y 20 de la Constitución. Artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 104 del Código Penal Militar. Artículo 9.18 y 8.15 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 125-129.)

#### SENTENCIA NUM. 37/94

**Sentencia:** De 30 de mayo de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Trastorno mental transitorio apreciado como eximente incompleta: exención de responsabilidad para el delito de abuso de autoridad prevista en el desaparecido artículo 105 del Código Penal Militar. Error de hecho en la apreciación de la prueba sin concretar cuál sea el error ni señalando documento demostrativo. Dilación indebida en la tramitación del procedimiento. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 8.1 del Código Penal. Artículo 105 del Código Penal Militar. Artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 35 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 130-132.)

### SENTENCIA NUM. 38/94

- Sentencia:** De 7 de junio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de denuncia falsa de existencia en lugar militar de aparato explosivo del artículo 59 del Código Penal Militar. No existe aplicación indebida del tipo penal al resultar probado que el procesado, al denunciar la existencia de explosivo, se refería a un lugar militar. Error en la apreciación de la prueba: no existe tal en la sentencia recurrida. Predeterminación del fallo: no existe contradicción fáctica en los hechos declarados probados, ni se excluyen unos a otros. Presunción de inocencia: puede ser desvirtuada por prueba de cargo directa y también circunstancial o indiciaria, siempre que, en este caso, los requisitos exigidos al respecto se cumplan.
- Normas aplicadas:** Artículo 59 del Código Penal Militar. Artículo 24.2 de la Constitución.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 39-43.)

### SENTENCIA NUM. 39/94

- Sentencia:** De 21 de junio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito contra la eficacia del servicio. No toda imprudencia que da lugar al resultado lesivo da lugar al tipo descrito en el artículo 155 del C.P.M., sino que se hace necesario establecer unos supuestos fácticos que pongan de mani-



fiesto el incumplimiento por el inculpaado de las normas de prudencia y cuidado exigible según las circunstancias concurrentes. De los hechos declarados probados no se deduce la relación de causalidad psicológica y reprochable entre la actuación del inculpaado y el resultado.

**Normas aplicadas:** Artículo 155 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 44-47.)

#### SENTENCIA NUM. 40/94

**Sentencia:** De 22 de junio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.

**Materia:** *Incongruencia omisiva: solicitada por la acusación particular que debe declararse la responsabilidad civil por los daños morales que el fallecimiento de la víctima ha producido en el seno de la familia de éste «compuesta por sus progenitores y una hermana», el fallo del Tribunal se limita a fijar una indemnización en favor de «los herederos del fallecido», sin aludir para nada a la hermana perjudicada, con lo que ni se estima ni se desestima su pretensión, por lo que la sentencia incurre en incongruencia omisiva.*

**Normas aplicadas:** Artículo 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 48-51.)

#### SENTENCIA NUM. 41/94

**Sentencia:** De 23 de junio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito contra la eficacia del servicio del artículo 158 del Código Penal Militar. Examen de los elementos descriptivos y normativos del tipo en relación al servicio concreto desempeñado por el agente cuando se trata de una imputación de «causar grave daño al servicio por incumplir, mediante negligencia grave, deberes militares fundamentales». Análisis de la conducta del Comandante de Guardia de Seguridad que se duerme durante la realización del servicio.

**Normas aplicadas:** Artículo 158 del Código Penal Militar. Artículo 9 de la Ley 12/85, de 27 de diciembre. Disciplinaria Militar.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 52-55.)

#### SENTENCIA NUM. 42/94

**Sentencia:** De 30 de junio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de Ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de insulto a superior. La presunción de inocencia se enerva cuando existe suficiente prueba de cargo. Trastorno mental transitorio; no apreciada esta circunstancia por el Tribunal *a quo*; no puede prosperar la pretensión del recurrente dada la vía casacional utilizada.

**Normas aplicadas:** Artículos 24.2 y 117 de la Constitución Española. Artículo 8.1 del Código Penal Común.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 56-58.)

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA 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, Territorial y Constitucional (1).*

*El período considerado abarca desde enero a junio de 1994, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando los de julio y sucesivos para el próximo número de la REDEN, aunque estén ya publicados en el número 11 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 CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

(Sala de lo Militar del Tribunal Supremo)

### Índice alfabético

*Acto de trámite:*

No son recurribles en la vía contencioso-disciplinaria separadamente de la sanción que se impugna. STS 9/94; STS 19/94.

*Actos administrativos:*

Los limitativos de derechos deben ser motivados. STS 20/94.

*Arresto:*

El arresto de uno a treinta días no constituye privación de libertad sino restricción de la misma. STS 9/94.

*Arresto preventivo:*

Su imposición por exigencias de la disciplina no es inconstitucional. STS 10/94.

*Conclusiones sucintas:*

No se pueden plantear, en ellas, cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación. STS 12/94.

*Congruencia:*

Obligación de juzgar dentro del límite de las pretensiones de las partes. Excepción. STS 2/94.

*Demanda:*

Congruencia entre la pretensión y la sentencia. STS 8/94.  
Ha de solicitarse en ella la indemnización de daños y perjuicios. STS 8/94.

*Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos:* STS 11/94.

*Derecho a la libertad:* STS 10/94.

La denegación de la suspensión de la sanción, no infringe el principio de libertad personal. STS 10/94.

*Derecho a la libertad de expresión:*

No puede amparar locuciones objetivamente injuriosas. STS 11/94.

*Derecho a la propia imagen:* STS 11/94.

*Derecho al honor:* STS 11/94.

*Derechos fundamentales:* STS 6/94.

*Extemporaneidad:*

No cabe apreciarse cuando es nula la notificación de la resolución que agota la vía administrativa. STS 18/94.

*Falta grave:*

Falta de subordinación cuando no constituya delito. STS 7/94.

*Falta leve:*

De tibieza en el servicio. STS 12/94.

*Falta muy grave:*

Conducta gravemente contraria a la disciplina, al servicio o a la dignidad de la Institución. STS 4/94.

*Hechos probados:*

Su expresión en la sentencia es normalmente obligada para impedir la indefensión del recurrente. STS 8/94.

Su expresión en la sentencia no es totalmente precisa si se aceptan los consignados por la administración sancionadora. STS 12/94.

*Inadmisión:*

Necesidad de hacer saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse. STS 13/94.

No cabe apreciar extemporaneidad cuando la notificación de la resolución que agota la vía administrativa es nula. STS 18/94.

*Indefensión:* STS 9/94; STS 11/94.

Por quebrantamiento de las formas especiales del procedimiento. STS 13/94.

*Indemnización de daños y perjuicios:*

Doctrina de la Sala sobre su procedencia. STS 8/94.

Ha de solicitarse en la demanda. STS 8/94.

*Libertad:*

El arresto de uno a treinta días no constituye privación de libertad sino restricción de la misma. STS 9/94.

*Libertad religiosa:* STS 6/94.

*Mala conducta habitual e incorregible:* STS 20/94.

*Medida cautelar:*

Acto de trámite. STS 19/94.

*Notificación:*

Notificación defectuosa. Validez. STS 3/94.

Nulidad de la que no advierte que la resolución que agota la vía administrativa en caso de falta leve, puede recurrirse conforme al artículo 518 de la Ley Procesal Militar. STS 18/94.

Nulidad de la que no contiene el texto íntegro del acto ni se hace saber al interesado ante quién y en qué plazo puede recurrir. STS 20/94.

*Nulidad de pleno derecho:* STS 18/94; STS 20/94.

*Objeto:*

Del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.  
Las cuestiones de legalidad ordinaria no lo constituyen.  
STS 21/94.

*Orden militar:*

Relativa a la convivencia y uso de zona comunes en Acuartelamiento de la Guardia Civil. STS 5/94.

*Orden relativa al servicio:* STS 7/94.

*Prescripción:*

Cuestión de legalidad ordinaria. STS 10/94.

*Presunción de inocencia:* STS 1/94; STS 9/94; STS 11/94.

No se vulnera por la actividad probatoria de cargo. STS 21/94.

*Principio de igualdad:* STS 10/94; STS 11/94.

No se infringe cuando no existe una igualdad fáctica que sirva de apoyo a una aplicación jurídica. STS 15/94.

No se vulnera cuando no existe identidad en las situaciones. STS 12/94.

No se vulnera porque se sancionen conductas que queden sin sancionar para otros sujetos, pues cada cual responde de su propia conducta. STS 12/94.

*Principio de legalidad:* STS 11/94; STS 14/94.

No se vulnera por no existir la falta de tipicidad alegada. STS 12/94.

*Principio «non bis in idem»:* STS 4/94; STS 15/94.

No se infringe cuando la concurrencia de sanción penal y sanción administrativa se produce en el seno de una relación de supremacía especial. STS 15/94.

*Prueba:*

La falta de citación del expedientado a la práctica de una prueba testifical no constituye infracción constitucional. STS 8/94.  
Valoración. STS 6/94.

*Recurso de casación:*

Inaplicabilidad de la casación penal al recurso contencioso-disciplinario militar. STS 9/94.

La cita inadecuada del precepto en que se ampara, no debe ser motivo de inadmisión, cuando se deduce indubitadamente que se interpone al amparo de los que tasadamente enumera la Ley. STS 10/94.

Quebrantamiento de forma. STS 8/94; STS 13/94.

*Retroactividad:*

De la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil. STS 5/94.

*Sanción:*

La denegación de la suspensión de la sanción no infringe el principio de libertad personal. STS 10/94.

*Sentencia:*

Congruencia. STS 6/94.

No puede fundamentarse en motivos distintos a los alegados por las partes, sin someterlos antes a sus oportunas alegaciones. STS 17/94.

*Separación del servicio:*

Para la aplicación del artículo 60 de la Ley Orgánica 12/85, se ha de estar a la fecha de la firmeza de la sentencia, y no a la de los hechos por los que se condena. STS 15/94.

*Situaciones:*

Excluido temporal, vinculación al sistema penal disciplinario. STS 4/94.

*Suspensión de funciones:*

Como medida cautelar no puede ser impugnada separadamente de la sanción por la correspondiente falta. STS 19/94.

*Tipicidad:* STS 1/94. STS 4/94.

Tipo de autor. STS 4/94.

*Tipicidad relativa:* STS 14/94.

*Tutela judicial efectiva:* STS 9/94; STS 10/94.

Defectos en la formulación de los motivos del recurso de casación. STS 11/94.

Se satisface este derecho, con la resolución judicial jurídicamente razonada. STS 14/94.

Vulneración al dar el Tribunal de Instancia al recurrente la opción ante el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario o el preferente y sumario. STS 16/94.



## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

(Sala de lo Militar del Tribunal Supremo)

### SENTENCIA NUM. 1/94

- Sentencia:** De 17 de enero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia en procedimiento contencioso-disciplinario preferente y sumario.
- Materia:** Presunción de inocencia. Suficiente actividad probatoria. Tipicidad absoluta y relativa. Desestimación.
- Normas aplicadas:** Artículos 24.2, 23.2 y 26.1 de la Constitución. Artículo 8.2 y 8.33 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 156-159.)

### SENTENCIA NUM. 2/94

- Sentencia:** De 21 de enero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial en procedimiento contencioso-disciplinario preferente y sumario.
- Materia:** La pretensión como límites del órgano juzgador. Excepción de la regla.

**Normas aplicadas:** Artículos 470 y 490.2 de la Ley Orgánica del Poder Militar.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 160-162.)

#### SENTENCIA NUM. 3/94

**Sentencia:** De 27 de enero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.

**Voto particular:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario.

**Materia:** Validez de la notificación defectuosa por omisión de la motivación del acto y de los recursos procedentes, cuando aquélla se ha practicado personalmente al interesado y contenga el texto íntegro del acto y, no se haya hecho protesta formal en el plazo de seis meses. Estimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1957. Artículo 58 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1992. Artículo 468.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

**Voto particular:** El principio de seguridad jurídica no es sólo ni prioritariamente un valor abstracto o una finalidad intrínseca, sino una garantía establecida en garantía de los derechos fundamentales de la persona. Si la notificación no contiene el texto íntegro del acto por omisión de la motivación, y además no expresa los recursos procedentes, no surte efectos.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 163-169.)

#### SENTENCIA NUM. 4/94

**Sentencia:** De 31 de enero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** Don Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar contra sanción de separación del servicio impuesta por el Ministro de Defensa.
- Materia:** La situación de «excluido temporal» por enfermedad no produce desvinculación del Cuerpo de la Guardia Civil ni, por lo tanto, exclusión del sistema penal y disciplinario que le afecta. La incorrecta descripción de ciertos tipos de faltas, no supone indefinición cuando para la ponderación de estas conductas existen criterios definidos en concretas normas jurídicas: Reglamentos del Instituto y Reales Ordenes. *Non bis in idem*: no existe en los casos de sujeción especial. Desviación de poder: inexistencia. Conducta gravemente contraria a la disciplina, al servicio, o a la dignidad de la institución: son los hechos constitutivos de esa conducta los que dan lugar al «tipo de autor» que se manifiesta con ella incapaz de cumplir sus deberes. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 3 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículos 9.8 y 3 de la Ley Orgánica 11/91. Artículo 494 de la Ley Procesal Militar.

(BJM, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 170-174.)

#### SENTENCIA 5/94

- Sentencia:** De 14 de febrero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar contra sanción de separación del servicio impuesta por el Ministerio de Defensa.
- Materia:** No está previsto en la Ley Orgánica 11/91 el trámite de oír al expedientado para elección de la Ley más favorable, sino que ésta se aplica de oficio. Aplicación retroactiva de la citada Ley en los casos de aplicación de sanción de separación de servicio, entre otras previstas. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 469 de la Ley Procesal Militar. Ley Orgánica 11/91, de 17 de junio.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 175-177.)

#### SENTENCIA NUM. 6/94

**Sentencia:** De 23 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José L. Bermúdez de la Puente.

**Voto particular:** Don José Jiménez Villarejo y don Baltasar Rodríguez Santos.

**Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

**Materia:** Congruencia de la sentencia con las pretensiones y argumentos de las partes. Valoración de los términos del escrito dirigido a la superioridad por el sancionado solicitando ser relevado de la asistencia a un acto religioso. Libertad religiosa. Estimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 470.2 de la Ley Procesal Militar. Artículo 25.1 de la Constitución. Artículo 8.12 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículos 169, 177, 203, 419, 420, 422, 423.32 y 201 de las Reales Ordenanzas.

**Voto particular:** La libertad religiosa de culto (art. 16.1 CE) tiene como contenido esencial el de no ser obligado practicar actos de culto contrarios a las convicciones personales (art. 16.2). Ley Orgánica 7/1989, de 5 de julio. El escrito origen de la sanción no se considera constitutivo de reproche disciplinario, sino redactado con mesurada firmeza y se significa que la solicitud del reconocimiento de un derecho fundamental no tiene que revestir un tono suplicante.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 178-186.)

#### SENTENCIA NUM. 7/94

**Sentencia:** De 25 de febrero de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** Don Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en procedimiento contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** Orden militar sobre reglas de convivencia y uso de zonas comunes en acuartalamiento de la Guardia Civil: no afecta a la intimididad. Legitimidad de la orden por afectar al servicio. No necesidad de que la orden sea escrita. La desobediencia se consume en el momento mismo en que, recibida la orden, ésta fue incumplida. Desestimación.
- Normas aplicadas:** Artículo 9.16 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículos 9 y 18 de la Constitución. Artículos 32 y 34 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 9, enero-marzo, 1994, págs. 187-190.)

#### SENTENCIA NUM. 8/94

- Sentencia:** De 1 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** El error en la apreciación de la prueba no puede ser resendiado en el quebrantamiento de forma. Inexistencia de incongruencia entre demanda y sentencia. Desestimación por extemporánea de la pretensión indemnizatoria formulada por las conclusiones sucintas. La demanda es el momento procesal oportuno para solicitar la indemnización de daños y perjuicios. Doctrina de la Sala sobre la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios en el procedimiento contencioso-disciplinario militar. La expresión en la sentencia de los hechos que se estimen probados es normalmente obligada para impedir la indefensión del recurrente. Función de control de los Tribunales y tutela de los derechos fundamentales. La falta de citación del expediente a la práctica de una prueba testifical constituye una irregularidad, pero no una infracción constitucional.

**Normas aplicadas:** Artículos 85.2.º, 469, 482, 490, 495 y 503 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 95.1.3.º y 4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 24.2 y 53.2 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 184-191.)

#### SENTENCIA NUM. 9/94

- Sentencia:** De 2 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Votos particulares:** Don José Jiménez Villarejo y don Javier Sánchez del Río y Sierra.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Error al basar un recurso contencioso-disciplinario militar en un precepto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. No concurre ni la vulneración de la presunción de inocencia, ni la indefensión, ni la falta de tutela judicial efectiva. Los actos de trámite en vía administrativa militar no son recurribles en la vía contencioso-disciplinaria. Criterio consolidado de la Sala. Prevalencia de la disciplina militar y posibilidad de recurrir la medida cautelar de arresto preventivo al tiempo que el acto definitivo sancionador. El arresto de uno a treinta días (sea o no preventivo) no constituye privación de libertad, sino restricción de la misma, y no vulnera el artículo 17.1 de la Constitución.
- Votos particulares:** Posibilidad de interponer recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra el arresto preventivo. La expresión «actos de la Administración sancionadora» del artículo 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar comprende todos los que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales. Referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 192-198.)

### SENTENCIA NUM. 10/94

- Sentencia:** De 4 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Defectos en la formulación del recurso de casación que no determinan su inadmisión. Inexistencia de vulneración del derecho a la libertad y aplicación de la Ley Orgánica 12/1985. La denegación de la suspensión de la sanción no infringe el principio de libertad personal y es inconstitucional el arresto preventivo impuesto por exigencias de la disciplina. No violación del principio de igualdad ni del derecho a la tutela judicial efectiva. La apreciación de la prescripción es cuestión de legalidad ordinaria.
- Normas aplicadas:** Artículos 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos 5.4 y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 14, 17 y 24 de la Constitución. Artículo 5 de la Ley Orgánica 4/1987. Artículos 9.2.º, 41, 50 y 54 de la Ley Orgánica 12/1985.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 199-202.)

### SENTENCIA NUM. 11/94

- Sentencia:** De 7 de enero de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Defectos en la formulación de los motivos del recurso de casación. Inexistencia de infracciones de los principios de legalidad, igualdad y del derecho a acceder en condiciones de igualdad en las funciones y cargos públicos. La

libertad de expresión no puede amparar locuciones o actitudes objetivamente injuriosas. No vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, ni de la presunción de inocencia o indefensión.

**Normas aplicadas:** Artículo 100.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos 14, 18.1, 20.1, 23.2, 24, 25.1 y 103.1 de la Constitución. Artículo 7.19 de la Ley Orgánica 11/1991.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 203-206.)

### SENTENCIA NUM. 12/94

**Sentencia:** De 10 de marzo de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.

**Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Existencia de audiencia previa y procedimiento establecido en el artículo 1.007 del derogado Código de Justicia Militar. En los escritos de conclusiones no se pueden plantear cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación. La llamada de atención verbal, que no es sanción disciplinaria, no es equiparable a la reprensión. El hecho de quedar sin sanción determinadas conductas no puede significar la impunidad de otro ilícito disciplinario, pues cada cual responde a su propia conducta. No infracción del principio de legalidad. La formal y expresa declaración de hechos probados en la sentencia, aunque deseable, no es totalmente precisa en el procedimiento contencioso-disciplinario militar si el Tribunal acepta los consignados por la administración sancionadora. Falta leve de tibieza en el servicio.

**Normas aplicadas:** Artículos 14, 24.2 y 25 de la Constitución. Artículos 416 y 1.007 del Código de Justicia Militar. Orden General de la Guardia Civil 88/1983. Artículo 37 de la Ley Orgánica 12/1985. Artículo 38 de la Ley Orgánica 11/1991. Artículos 467 y 490 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 207-211.)



### SENTENCIA NUM. 13/94

- Sentencia:** De 21 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra auto de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.
- Materia:** Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al declarar la inadmisión sin hacer saber a las partes el motivo en que pudiese fundarse. Indefensión del recurrente. Reposición de las actuaciones al estado anterior al dictado del auto de inadmisión a efectos de subsanación.
- Normas aplicadas:** Artículo 102.1.2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos 474, 478 y 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 212-214.)

### SENTENCIA NUM. 14/94

- Sentencia:** De 23 de marzo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando la respuesta judicial está jurídicamente razonadas. Falta de tipicidad relativa y no absoluta. No infracción del principio de legalidad.
- Normas aplicadas:** Artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 215-216.)

### SENTENCIA NUM. 15/94

- Sentencia:** De 11 de abril de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra resolución dictada por el Ministro de Defensa en expediente gubernativo que impuso sanción extraordinaria de separación del servicio.
- Materia:** El hecho determinante de la infracción descrita en el artículo 60 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, a efectos de la legislación aplicable, es la fecha de la firmeza de la sentencia y no la de los hechos por los que se condena.  
No se vulnera el derecho fundamental de igualdad ante la Ley cuando no existe una igualdad fáctica que sirva de apoyo a una aplicación jurídica.  
*Non bis in idem:* no se violenta cuando la concurrencia de sanción penal y sanción administrativa se produce en el seno de una relación de supremacía especial. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículos 25.1, 14 y 9.3 de la Constitución. Artículos 60 y 61 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 217-220.)

### SENTENCIA NUM. 16/94

- Sentencia:** De 16 de abril de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** El Tribunal no puede dar a elegir al recurrente entre el procedimiento contencioso-disciplinario ordinario y el preferente y sumario en sanciones por faltas leves. Tutela judicial efectiva del actor sin quebranto para la Administración.

La traslación al orden jurisdiccional contencioso-disciplinario de los principios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no puede hacerse sin más, pues su naturaleza se acerca más a lo penal que a lo puramente administrativo. Inexistencia de «desviación procesal».

**Normas aplicadas:** Artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Artículo 5.4 de la L.O. Poder Judicial. Artículos 453, 468 b), 470, 474, 478 b), 482, 493 c) y 518 de la L.O. Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 221-225.)

#### SENTENCIA NUM. 17/94

**Sentencia:** De 18 de abril de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

**Materia:** Sentencia fundamentada en motivos distintos a los alegados por el recurrente y la oposición, sin someterlos a las partes para las oportunas alegaciones. Estimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículos 470.2 y 490 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 226-228.)

#### SENTENCIA NUM. 18/94

**Sentencia:** De 20 de abril de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo en recurso disciplinario militar preferente y sumario.

**Materia:** Siendo nula la notificación en la que no se advierte al interesado que contra la resolución que agota la vía administrativa en caso de falta leve se puede interponer el recurso previsto en el artículo 518 de la Ley Procesal Militar, no cabe la inadmisión del indicado recurso por extemporáneo. Estimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículos 476, 468.b), 493.f) y 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 229-231.)

#### SENTENCIA NUM. 19/94

**Sentencia:** De 22 de abril de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don Luis Tejada González.

**Voto particular:** Don José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación contra auto de inadmisión del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

**Materia:** La medida cautelar de suspensión de funciones impuesta al momento de la incoación de un expediente disciplinario por falta grave no es susceptible de ser impugnada por vía de esta clase de recurso, con independencia de la sanción que se impugna, al entender la Sala que la medida cautelar es un acto de trámite. Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículo 465 de la Ley Procesal Militar. Artículos 96 y 102 de la Ley 17/89 del Régimen del Personal Militar Profesional.

**Voto particular:** Las medidas cautelares previstas en el artículo 4 de la Ley 12/85, de 27 de noviembre, pueden ser sometidas al control de los Tribunales Militares a través del artículo 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar cuando ese acto que se enmarca en el ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración Militar, afecta a un derecho fundamental.

(BJM, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 232-239.)

### SENTENCIA NUM. 20/94

- Sentencia:** De 20 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario militar.
- Materia:** La notificación de la resolución sancionadora resulta nula de pleno derecho cuando no contiene el texto íntegro del acto ni se hace saber al interesado ante quién y en qué plazo puede recurrir. Los actos administrativos limitativos de derechos deben ser motivados. Examen de la «mala conducta habitual e incorregible». Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Código de Justicia Militar: artículos 1.020, 496, 1.011, 1.015, 1.017, 1.018, 1.023 y 504 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: artículo 79.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 240-243.)

### SENTENCIA NUM. 21/94

- Sentencia:** De 26 de mayo de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo en recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Presunción de inocencia: no se conculca cuando existe prueba de cargo suficiente. El procedimiento preferente y sumario no es apropiado para el debate de la legalidad ordinaria.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.2 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 244-246.)

**SENTENCIA NUM. 22/94**

|                         |  |
|-------------------------|--|
| <b>Sentencia:</b>       | De 30 de mayo de 1994.   |
| <b>Tribunal:</b>        | Supremo. Sala de lo Militar.   |
| <b>Ponente:</b>         | Don Francisco Mayor Bordes.  |
| <b>Voto particular:</b> | Don José Jiménez Villarejo, al que se adhiere don Arturo Gimeno Amiguet.   |
| <b>Procedimiento:</b>   | Recurso contencioso-disciplinario militar contra la desestimación presunta por el Ministerio de Defensa de un recurso administrativo de revisión deducido frente al acuerdo del Ministro del Ejército de separación del servicio por un Tribunal de Honor.   |
| <b>Materia:</b>         | Intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en las sentencias firmes, cuando el recurrente reproduce su única pretensión de revisión del acuerdo de separación del servicio por un Tribunal de Honor. No es ilimitada la posibilidad de invocar el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues no existe un derecho del administrado a imponer la declaración de nulidad. Agotados y cumplidos los efectos de la sanción de separación del servicio, cualquiera que fuese la índole del vicio que pudiera afectar a la resolución, resulta conforme a derecho y se debe desestimar el recurso interpuesto. Composición y procedimiento del Tribunal de Honor ajustados a los preceptos del Código de Justicia Militar. Ausencia de valor judicial de una información reservada. Inexistencia de plazo de prescripción o caducidad para formar Tribunal de Honor. Composición de la reunión previa al Tribunal, citaciones, miembros del Tribunal, tiempo de tramitación, pruebas practicadas y ascenso del Presidente. Inexistencia de desviación de poder. Desestimación del recurso. |

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 136-149.)

**SENTENCIA NUM. 23/94**

|                   |                              |
|-------------------|------------------------------|
| <b>Sentencia:</b> | De 3 de junio de 1994.       |
| <b>Tribunal:</b>  | Supremo. Sala de lo Militar. |
| <b>Ponente:</b>   | Don José Jiménez Villarejo.  |

**Procedimiento:** Recurso de casación contra Auto dictado por el Tribunal Militar Central declarando la inadmisión de un recurso contencioso-disciplinario militar.

**Materia:** El derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta en la obtención una resolución judicial jurídicamente razonada que puede ser de inadmisión. Las formas y requisitos procesales no pueden dejarse al arbitrio de las partes. Caducidad del plazo legal para la interposición del recurso. Necesidad de comparecer ante el Juez o Tribunal competente o Juzgado de Guardia, dando fe el Secretario de la fecha de presentación. Supuestos excepcionales en que se ha admitido la presentación en otra oficina judicial o incluso ante el Jefe de la Unidad.

**Normas aplicadas:** Artículos 5.4, 281 y 283.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 24.1 de la Constitución. Artículos 457, 475 y 478 d) de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 76.2 de la L.O. 4/1987.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 150-153.)

#### SENTENCIA NUM. 24/94

**Sentencia:** De 8 de junio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** Don José Luis Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra resolución del Ministro de Defensa, denegatorio del recurso de reposición interpuesto contra sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio.

**Materia:** Petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 70, 73 y 74 de la L.O. 12/1985, por supuesta violación de los artículos 14 y 25.2 de la Constitución. Carácter meramente procedimental de los indicados preceptos. Interpretación jurisprudencial del principio de igualdad. Justificación de un trato disciplinario de los militares distinto al de los civiles. Diferencia entre una sanción disciplinaria y las penas o medidas de seguridad. Proporcionalidad de la sanción.

**Normas aplicadas:** Artículos 14 y 25.2 de la Constitución. Artículos 60, 70, 73 y 74 de la L.O. 12/1985. Artículo 35 de la L.O. 2/1979.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 154-156.)

#### SENTENCIA NUM. 25/94

- Sentencia:** De 14 de junio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial desestimatoria de un recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario.
- Materia:** Derecho fundamental a la presunción de inocencia y no admisión de la prueba testifical propuesta. No impugnación del auto desestimatorio de la prueba. Suficiencia del esclarecimiento verbal en el proceso sancionador por falta leve. Audiencia del interesado. Ausencia de otros defectos procesales con incidencia en los derechos fundamentales.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.1 y 2 de la Constitución. Artículo 17 de la Ley Disciplinaria Militar.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 157-159.)

#### SENTENCIA NUM. 26/94

- Sentencia:** De 28 de junio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** Don José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial desestimatoria de un recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario.
- Materia:** Necesidad de señalar un término comparativo en las peticiones de vulneración el principio de igualdad ante la ley.



Justificación del régimen disciplinario específico de los miembros de la Guardia Civil. Obligaciones que comporta la pertenencia al Cuerpo de la Guardia Civil y valoración del comportamiento del sancionado. Tipicidad propia y tipicidad relativa en relación con el principio de legalidad. Constitucionalidad de las sanciones que impliquen privación de libertad, impuestas por la Administración militar.

**Normas aplicadas:** Artículos 14, 24 y 25 de la Constitución. Artículo 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Artículo 7.22 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 160-162.)

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Comandante Auditor*

### INDICE ANALITICO

**I. ASCENSOS.** Recurso de casación en interés de Ley. Ascensos al empleo de Comandante del Cuerpo de Oficinas Militares. La doctrina legal pertinente en la aplicación de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, es la de que para dichos ascensos se requiere una efectividad de cinco años de Capitán y ocho de Teniente, con un total de trece.

**II. CLASES DE TROPA Y MARINERIA PROFESIONALES.** Recurso contra el Real Decreto 191/1988, de 4 de marzo, por el que se regula el servicio de las Clases de Tropa y Marinería profesionales. Inexistencia del derecho de los Cabos Primeros Músicos a permanecer en el Ejército sin limitación temporal hasta que por, razones de edad, se deba causar baja en el mismo. No es preceptivo, en principio, el dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias dictadas en ejecución de una autorización deslegalizadora.

**III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.** Competencia del Ministerio de Defensa para la tramitación del expediente incoado con motivo de los daños y perjuicios producidos por el bloqueo del puerto de Algeciras. La disposición transitoria novena de la Ley 22/1988 de Costas y el artículo 206 de su Reglamento en relación con la vigencia de los artículos 23.1 y 26.2 del Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, hasta la entrada en vigor del Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero. Vinculación directa de la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios sufridos por el particular a la falta de actuación de la Administración en el ejercicio de facultades legales, tendente a mantener la libre navegación por las aguas territoriales y puerto de Algeciras.

**IV. RETRIBUCIONES DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.** Recurso de casación en interés de Ley. Inexistencia del derecho al abono, en concepto de servicios extraordinarios, de las guardias como Oficial de Cuartel y como Oficial de Guardia de Seguridad.

**V. ZONAS E INSTALACIONES DE INTERES PARA LA DEFENSA NACIONAL.** Validez de los artículos 1 y 2 del Real Decreto 811/1988, de 20 de junio, que declara Zonas de Interés para la Defensa Nacional el espacio comprendido entre determinadas coordenadas geográficas en el término municipal de Anchuras. Suficiencia de cobertura legal en las limitaciones a la propiedad impuestas. Inexistencia de desviación de poder y de vulneración del principio de libertad de residencia.

**I. ASCENSOS.** Recurso de casación en interés de Ley. Ascensos al empleo de Comandante del Cuerpo de Oficinas Militares. La doctrina legal pertinente en la aplicación de la Ley 48/1991, de 24 de diciembre, es la de que para dichos ascensos se requiere una efectividad de cinco años de Capitán y ocho de Teniente, con un total de trece.

**Tribunal Supremo (Sección 1.ª). Sentencia de 3 de mayo de 1994.**  
**Ponente: Excmo. Sr. García Estartús.**

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* La pretensión casacional, en interés de Ley, basada en el artículo 102.b) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, interpuesta por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de octubre de 1992, recurso 1088/1991, debe resolverse en función del juicio que proceda emitir respecto a la concurrencia de los supuestos previstos en la Ley: cuando sea gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada; a cuyo efecto procede declarar la admisibilidad de la pretensión articulada en este recurso interpuesto dentro de plazo por el Abogado del Estado que fundamentó la casación en la defensa de los intereses generales del Estado concurrentes en la organización de las Fuerzas Armadas, en concreto en la plantilla del Cuerpo de Oficinas Militares, y su repercusión en la Escala Media de Especialistas, que estimó gravemente afectados por la sentencia recurrida, y en la infracción de la normativa aplicable, artículo 9 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, al declarar que el número de años necesarios de efectividad en los empleos de Teniente y Capitán para ascender a Comandante de dicho Cuerpo es de doce años en vez de trece, según el criterio del Abogado del Estado; pretensión formulada contra una sentencia no susceptible del recurso de casación ordinario dictada por un Tribunal Superior de Justicia del orden Contencioso-Administrativo en única instancia y, por ello, cumplido también este requisito formal que condiciona este recurso.

*Segundo.* Para motivar su recurso el Abogado del Estado, frente al criterio expuesto en la sentencia impugnada, opuso la doctrina en que se fundó la dictada en el proceso tramitado según la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, haciendo suyo el alegato relativo a la interpretación que de la normativa aplicable hace esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, el 21 de abril de 1992, de lo que se infiere en el juicio concerniente a si es errónea o no la doctrina expuesta en la resolución impugnada debe hacerse, según el recurrente, en base a la doctrina contraria de la indicada resolución; sin que ello suponga que previamente proceda hacer un juicio acerca de si concurren en ambos procesos los condicionamientos a que se refiere para el recurso de casación para la unificación de doctrina, artículo 102.a), la identidad o sustancial igualdad en los hechos, fundamentos y pretensiones y en la situación de las partes, sino que en este recurso lo que se dilucida es si la doctrina de una sentencia vulnera la legalidad vigente, sin perjuicio de que se motive la pretensión en base a la doctrina expuesta en otras resoluciones como la aducida en este proceso.

*Tercero.* La sentencia recurrida en su fundamento de Derecho tercero entiende que los años de efectividad en el empleo de Teniente y Capitán para ascender a Comandante en el Cuerpo a extinguir de Oficinas Militares es de doce años, motivando este criterio en la semejanza de juicio existente entre este Cuerpo y los jurídicos de intervención, sanidad, farmacia, veterinaria y eclesiástico, que según el artículo 9.2.e) de la Ley de 24 de diciembre de 1981 para el ascenso a Comandante se requiere que el tiempo de efectividad en los empleos de Teniente y Capitán sea de doce años; tesis basada en la aplicación por analogía de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante, entre los que se aprecia «identidad de razón», artículo 4.1 del Código Civil, y en que en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Oficinas Militares de 10 de octubre de 1945, aplicable de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la Ley de 24 de diciembre de 1981 en los ascensos en este Cuerpo, disponiendo el artículo 4.º de este Reglamento que los ascensos en él serán por rigurosa antigüedad, sin defectos, una vez alcanzada la efectividad normal que se requiere, para los empleos a que están asimilados en las restantes Armas o Cuerpos; doctrina que no puede servir para resolver la cuestión planteada en este recurso toda vez que la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre Ascensos Militares, artículo 9.8, para las Escalas de Especialistas y Oficinas Militares para acceder al empleo superior se señala

para los Capitanes cinco años y para los Tenientes ocho, o sea, un total de trece años para ascender a Comandante, norma idéntica a la de la Escala de Activa de las Armas y de los Cuerpos de la Guardia Civil, en los que para alcanzar el empleo superior de Comandante se exige un total de trece años entre los empleos de Capitán y Teniente; de lo que se infiere que frente a una norma específica no puede aplicarse otra por analogía, sin que pueda aducirse que en el meritado artículo 9.8 no se prevea el ascenso a Comandante, pues en ella se precisa que para ascender al empleo inmediato superior los Capitanes necesitan acreditar cinco años de efectividad y para los Tenientes ocho, con un total de trece para acceder al de Comandante; por lo cual debe afirmarse que la doctrina que emana de la sentencia impugnada no se halla acorde con la normativa aplicable en el tiempo de vigencia la Ley 48/1981; por ello debe declararse que concurre en este recurso el ser errónea la sentencia impugnada al vulnerar lo dispuesto en el artículo 9.8 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 al fundar su pronunciamiento en una supuesta analogía del Cuerpo de Oficinas Militares con los del Cuerpo Jurídico de Intervención, Sanidad, de Farmacia y de Veterinaria, al objeto de fijar para el ascenso a Comandante de los Capitanes un tiempo de doce años entre los empleos de Teniente y Capitán, cuando en virtud de una norma específica, el número 8 de dicho artículo, el tiempo de efectividad en dichos empleos para acceder al de Comandante es de trece años, ocho en el empleo de Teniente y cinco de Capitán.

*Cuarto.*—La incidencia del presupuesto relativo a que la sentencia recurrida resulte gravemente dañosa para el interés general aducida por el Abogado del Estado en función de la alteración que en la plantilla del Cuerpo de Oficinas Militares y, en general, de las Fuerzas Armadas, según lo dispuesto en el Real Decreto 255/1991, de 1 de marzo de 1991, de adaptación de las Leyes de Plantilla de las Fuerzas Armadas, estructuras de cuerpos, escalas y empleos, Ley de 19 de julio de 1989, resulta acreditada, ya que el número de Comandantes en la plantilla de este Cuerpo, en el supuesto de quedar una vacante, se cubriría por un Capitán que no alcanzaría los trece años de efectividad total en los empleos de Teniente (ocho años) y Capitán (cinco años), impidiendo según el meritado Decreto el que se contabilizara éste en la plantilla de la Escala Media del Cuerpo de Especialistas, reduciéndose el número de Comandantes de esta Escala; y asimismo, aunque el acceso al empleo de Comandante no se produce sin que exista vacante, se aumentaría el número previsto, con la consiguiente repercusión en las plantillas al anticipar un ascenso, que de cumplimentarse lo dispuesto sobre la efectividad en los empleos de Teniente y Capitán

podrían no producirse, con la patente discriminación de aquellos que ascendieran de conformidad con la normativa aplicable y los que en virtud de sentencia basada en la doctrina de la impugnada en este proceso accedieran al empleo superior de Comandante, con el trascendente efecto en el ámbito moral de los interesados; de lo que se infiere que debe estimarse que la doctrina que emana de la sentencia recurrida resulta gravemente dañosa al interés general de las Fuerzas Armadas en cuanto supone una alteración de las plantillas del Cuerpo de Oficinas Militares y en otras en las que el número del empleo de Comandante viene condicionado por la amortización de los asignados a dicho Cuerpo.

*Quinto.* Por lo expuesto procede dar lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia indicada, y de conformidad con el artículo 102.4.b) débese, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada, fijar la doctrina legal relativa a que para el ascenso al empleo de Comandante en el Cuerpo de Oficinas Militares se requiere una efectividad de ocho años en el empleo de Teniente y de cinco años en el de Capitán, con un total de trece años.

## **II. CLASES DE TROPA Y MARINERÍA PROFESIONALES.**

Recurso contra el Real Decreto 191/1988, de 4 de marzo, por el que se regula el servicio de las clases de tropa y marinería profesionales. Inexistencia del derecho de los Cabos Primeros Músicos a permanecer en el Ejército sin limitación temporal hasta que, por razones de edad, se deba causar baja en el mismo. No es preceptivo, en principio, el dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias dictadas en ejecución de una autorización deslegalizadora.

**Tribunal Supremo (Sala Tercera). Sentencia de 15 de marzo de 1994. Ponente: Excmo. Sr. García Carrero.**

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* Los recurrentes, todos ellos Cabos Primeros Músicos del Ejército, impugnan directamente el Real Decreto 191/1988, de 4 de marzo (BOE de 9 de marzo de 1988), por el que se regula el servicio de las clases de tropa y marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, sin concretar

los artículos que son objeto de impugnación, aunque sí destacan las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto impugnado, sosteniendo que al referirse el mismo en su conjunto a todas las clases de tropa, *sin hacer distingo alguno, respecto a quienes como los recurrentes son clase de tropa de Músicas Militares, les afecta negativamente dicho Real Decreto en cuanto al tiempo de permanencia en el Ejército, pues en el Real Decreto se disciplina esa permanencia de modo general para toda clase de tropas, con un carácter temporal en función de los años que ya se llevan servidos en el Ejército y de los compromisos que se tuvieran suscritos, mientras que, a criterio de los recurrentes, ellos, como clase de tropa de músicos militares, tenían derecho a permanecer en el Ejército indefinidamente hasta llegar el retiro, esto es, disfrutaban de un *status* profesional desde el punto de vista de permanencia distinto y diferenciado del resto de las clases de tropa, *status* que deriva de una disposición con rango de Ley —la disposición final segunda de la Ley de 22 de diciembre de 1955— que no puede ser alterado por una norma con rango reglamentario cual es el Real Decreto impugnado por cuanto ello implica una patente vulneración del principio de jerarquía normativa.*

*Segundo.* Alegan los recurrentes que teniendo pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la denegación por el Ministerio de Defensa de sus solicitudes, pidiendo que se les reconociera el derecho a permanecer en el Ejército sin limitación hasta que por razones de edad debieran causar baja en el mismo, se ha promulgado el impugnado Real Decreto 191/1988, de 4 de marzo, que para nada respeta la fundamentación jurídica que se invoca en el recurso, añadiendo nuevos obstáculos a la citada pretensión jurisdiccional.

Pues bien, dicho recurso al que aluden, en el que no sólo se pretendía ese reconocimiento de permanencia indefinida en el Ejército hasta llegar a la edad de retiro, *sino también que se les reconociera el derecho a presentarse a las pruebas que se convocaron para el acceso al empleo de Suboficial, fue desestimado en sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la extinguida Audiencia Territorial de Madrid y, apelada por los recurrentes, dio lugar a la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 1991, que aceptó los fundamentos jurídicos desestimatorios de la sentencia apelada; añadiendo, para reforzar los mismos, que «la disposición final segunda de la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre Régimen de Clases de Tropas, Suboficiales y Escala Auxiliar del Ejército —al disponer que el personal que forma parte de las Bandas de Música seguiría rigiéndose por su especial legislación actual o futura—, en*

absoluto pretendía establecer una congelación de rango, a nivel de Ley formal, del régimen que sobre reenganches y continuidad en el Ejército de las clases de tropa de las Bandas de Música se disponía en la normativa vigente en el momento de su publicación, a la sazón constituida por el Decreto de 31 de marzo de 1944, que no ponía límites al número de reenganches a las clases de tropa en este caso (Cabos Primeros), sino que precisamente perseguía excluir del régimen general establecido en la propia Ley de hasta cuatro reenganches para las clases de tropa a los componentes de las Bandas de Música Militar, abriendo la materia a través de la figura de descongelación de rango a la normativa, incluso de carácter reglamentario, que incidiera sobre ese particular aun en el futuro. De ahí la posterior aparición de los Decretos 304/1972, 2917/1976 y Orden Ministerial de 27 de septiembre de 1979 y su incidencia derogatoria sobre el anterior Decreto de 31 de marzo de 1944 en los términos que detalla la sentencia apelada, para la que aquellas normas tenían rango y fuerza normativa bastante».

Posteriormente esta misma Sala Tercera ha tenido ocasión de conocer de otros recursos de apelación con el mismo resultado desestimatorio de pretensiones de Cabos Primeros de Bandas de Música a que se les reconociera el derecho a sucesivos reenganches hasta alcanzar la edad de retiro, entre las que podemos citar la de 11 de marzo de 1993, en la que se recoge la larga evolución normativa sobre la materia a partir del viejo Decreto de 1932 (Decretos de 13 de agosto de 1932 y de 31 de marzo de 1944, Ley de 22 de diciembre de 1955, Decreto 304/1972, de 4 de febrero; Decreto 2917/1976, de 30 de octubre, y Orden Ministerial de 27 de septiembre de 1979). En dicha sentencia se llega a la misma conclusión de que las clases de tropa de las Bandas de Música (en el caso contemplado, Cabo Primero) nunca tuvieron reconocido el derecho, en norma con rango de Ley (Ley de 22 de diciembre de 1955), a permanecer en el Ejército hasta alcanzar la edad de retiro.

*Tercero.* Esos mismos razonamientos recogidos en las sentencias de esta Sala Tercera nos llevan a desestimar el presente recurso contencioso-administrativo en el que se impugna directamente el Real Decreto 191/1988, de 4 de marzo, el cual sigue disciplinando la permanencia en el Ejército de las clases de tropa (entre los que han de entenderse comprendidos los recurrentes como clases de tropa de músicos militares) en términos de permanencia temporal, que era la que, a su vez, correspondía a esa clase de tropa de músicos militares en la norma inmediata anterior representada por el Decreto 2917/1976, de 30 de octubre (desarrollado por OM de 27 de septiembre de 1979), Decreto éste que ha quedado expresamente derogado en lo que se oponga al Real Decreto 191/1988, según establece



la disposición derogatoria segunda de este último. Por tanto, no puede prosperar la alegación impugnatoria de los recurrentes de tener un derecho consolidado en norma con rango de Ley a permanecer indefinidamente en el Ejército hasta la edad de retiro, y que al desconocer ese derecho el Real Decreto 191/1988 se vulnera el principio de jerarquía normativa, pues, como ya razonamos en las sentencias de esta Sala Tercera, la disposición final segunda de la Ley de 1955 en absoluto pretendió establecer una congelación de rango a nivel de Ley formal del régimen que sobre reenganches y continuidad en el ejército de las clases de tropa de las Bandas de Música contenía la normativa en vigor en el momento de publicación de la Ley, sino que abrió la materia —a través de la figura de descongelación del rango— para que, incluso mediante norma de carácter reglamentario, pudiera llevarse a cabo la ordenación de ese particular en el futuro, cuyo último eslabón lo constituye el Real Decreto 191/1988, cuestionado, que en nada vulnera el principio de jerarquía normativa ya que tiene igual rango jerárquico que la norma precedente (D. 2917/1976, de 30 de octubre) y eficaz para derogar a este último en lo que se le oponga.

*Cuarto.* Por último, tampoco puede prosperar la pretensión de los recurrentes de que se declare la nulidad del Real Decreto impugnado por haberse omitido en su tramitación el preceptivo informe del Consejo de Estado, pues si bien se observa a través del expediente administrativo la inexistencia de consulta a dicho Organismo, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, sólo impone con carácter preceptivo esa consulta cuando se trata de Reglamento o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como de sus modificaciones, esto es, cuando se trate de lo que en doctrina se conoce por Reglamentos Ejecutivos; carácter éste que no tiene el aquí impugnado, habiendo incluso establecido esta Sala —S. de 4 de enero de 1986— que las normas reglamentarias dictadas en ejecución de una autorización deslegalizadora no requieren, en principio, dictamen del Consejo de Estado.

*Quinto.* No se aprecia la concurrencia de circunstancias previstas en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional que justifiquen un pronunciamiento especial en materia de costas.

### III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

Competencia del Ministerio de Defensa para la tramitación del expediente incoado con motivo de los daños y perjuicios producidos por el bloqueo del puerto de Algeciras. La disposición transitoria novena de la

Ley 22/1988 de Costas y el artículo 206 de su Reglamento, en relación con la vigencia de los artículos 23.1 y 26.2 del Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, hasta la entrada en vigor del Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero. Vinculación directa de la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios sufridos por el particular a la falta de actuación de la Administración en el ejercicio de facultades legales tendente a mantener la libre navegación por las aguas territoriales y puerto de Algeciras.

**Audiencia Nacional (Sección 3.<sup>a</sup>). Sentencia de 30 de marzo de 1994.**  
**Ponente: Excmo. Sr. Herrero Pina.**

### Fundamentos de Derecho

*Primero.* El presente recurso, interpuesto por la representación de la empresa «Contenedores Mediterráneo, S. A.», tiene por objeto la Resolución del Ministerio de Defensa de 5 de septiembre de 1990 por la se denegó por incompetencia la reclamación de daños y perjuicios que había formulado la actora en razón del bloqueo del puerto de Algeciras desde el día 2 al 13 de marzo de 1990, extendiéndose la impugnación a la desestimación primero presunta y después por Resolución de 7 de febrero de 1991 del recurso de reposición formulado frente a aquélla.

*Segundo.* Con fecha 11 de mayo de 1990 la entidad recurrente formuló reclamación de daños y perjuicios al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa por importe de cuatro millones doscientas sesenta mil pesetas (4.260.000 ptas.), en razón de los siguientes hechos, sistemáticamente descritos:

La empresa recurrente en régimen de fletamento y bajo la modalidad contractual de *time charter* explotaba la motonave *Puerto Santoña*, propiedad de la «Naviera de Odiel, S. A.», realizando el tráfico de contenedores entre los puertos de Algeciras y Canarias, satisfaciendo a la compañía armadora como flete la cantidad de 355.000 pesetas diarias.

Hallándose dispuesto para hacerse a la mar en el puerto de Algeciras se produjo el bloqueo del mismo por barcos pesqueros desde el día 2 al 13 de marzo de 1990, impidiendo la salida del *Puerto Santoña*, por lo que entendiéndose que se le ha producido un perjuicio al flete correspondiente a dichos días de paralización y que ello fue debido al deficiente funciona-

miento de los servicios públicos que no impidieron el bloqueo mediante el ejercicio de las funciones y competencias que para el aseguramiento de la libertad de navegación tiene encomendados legalmente la Administración, formuló la expresada reclamación, que fue denegada por Resolución de 5 de septiembre de 1990, considerando la Administración que el Ministerio de Defensa, al que se dirigió la actora, carece de competencia para resolver el asunto de acuerdo con la delimitación de funciones entre las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado plasmada en el artículo 8 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

No conforme con ello, la actora formuló recurso de reposición señalando la subsistencia de las competencias de la Armada establecidas en los artículos 23.1 y 26.2 del Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, de acuerdo con la disposición transitoria novena de la Ley 22/1988, de 28 de julio, y el hecho de que la distribución de competencias recogidas en la Constitución se han de ir plasmando legal y reglamentariamente en forma sucesiva como señala el Tribunal Constitucional, lo que no impide que entre tanto subsista la situación anterior.

Desestimado dicho recurso de manera presunta, después confirmada por Resolución de 7 de febrero de 1991, interpuso el presente contencioso en el que mantiene su pretensión indemnizatoria, alegando en su defensa:

La libertad de navegación establecida en el artículo 31 de la Ley 22/1988, que corresponde tutelar y garantizar al Estado (art. 110) de acuerdo con la distribución de competencias a que se refiere el artículo 113, y la previsión de la disposición transitoria novena de dicha Ley 22/1988, que confirma la vigencia de los artículos 23.1 y 26.2 del Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo entendiendo que concurren las circunstancias exigidas por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la LRJAE y 121 y 122 de la LEP para el nacimiento de la responsabilidad que se exige.

Frente a ello la representación de la Administración mantiene la incompetencia del Ministerio de Defensa, entendiendo que la Sala sólo ha de resolver sobre dicha cuestión y no del fondo del asunto y, subsidiariamente, que frente al derecho invocado por la recurrente se encuentra el derecho de huelga y manifestación de quienes bloquearon el puerto de Algeciras y que falta la relación de causalidad, pues quienes provocaron el daño fueron los pescadores y no la Administración.

*Tercero.* Debe de rechazarse el planteamiento contenido en las resoluciones impugnadas, que se limitan a efectuar una declaración formal de incompetencia del Ministerio de Defensa, en razón de una atribución ge-

neral de competencias recogidas en la Constitución y las Leyes de carácter orgánico, pero sin justificar el desarrollo reglamentario que ponga fin al inevitable régimen transitorio, determinante de la asunción material de las competencias por los órganos a quienes les corresponden de acuerdo con la nueva normativa.

Así, no cabe invocar las previsiones genéricas del artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando la propia disposición final tercera, número 5, supeditada a una propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa e Interior la determinación del mar territorial sobre el que se ejercerán las competencias atribuidas a la Guardia Civil, desarrollo que resulta imprescindible para delimitar tales competencias y que no se produjo hasta que se dictó el Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, en cuyo artículo 1.º señala como límite de tales competencias el mar territorial determinado en la legislación vigente, siendo significativo el artículo 3.º, que establece que de acuerdo con el Título VI de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, y el artículo 14.3 de la Ley Orgánica 2/1986, corresponde al Gobierno o, en su caso, al Ministerio de Defensa determinar las misiones de carácter militar que deba prestar la Guardia Civil en aguas marítimas españolas.

En consonancia con este régimen transitorio y falta de definición reglamentaria de la distribución de competencias y su ejercicio, la disposición transitoria novena, dos, de la Ley 22/1988, de 28 de julio (Costas), establece que mientras no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 113 las competencias continuarán ejerciéndose «en la forma y por los departamentos u organismos que las tienen actualmente encomendadas», lo que supone declarar la vigencia de los artículos 23.1 y 26.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, que atribúan al personal y unidades de la Armada la vigilancia de las costas y pesca, así como la adopción de medidas de urgencia pertinentes y dación de cuenta a la autoridad competente en relación con delitos, faltas o infracciones que no sean de su específica competencia y el ejercicio de funciones de policía y velar por el cumplimiento de los convenios internacionales, el mantenimiento de la paz, seguridad y orden y el respeto a la soberanía nacional. Tal situación se mantiene incluso en el artículo 206 del Reglamento de Costas aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, que se remite a la normativa vigente a la entrada en vigor de la Ley de Costas, sin que puedan limitarse las atribuciones subsistentes en este período transitorio a la defensa de la soberanía nacional, pues el artículo 26.2

del Real Decreto 1088/1980 contiene directamente otras atribuciones distintas y el artículo 206 del Real Decreto 1471/1989 se refiere en el número 3, párrafo tercero, a la vigilancia militar específicamente, pero manteniendo en los números anteriores las que tenían encomendadas en otros aspectos, los cuales se adaptarán a la estructura establecida en la Constitución y demás leyes ya indicadas conforme se produzca el oportuno desarrollo reglamentario, como ya se ha dicho.

En consecuencia, ha de concluirse en la subsistencia de las competencias de la Armada, y por lo tanto del Ministerio de Defensa, durante el régimen transitorio vigente al momento de producirse los hechos, más aún teniendo en cuenta el carácter de competencias compartidas que tienen algunas de las que afectan a tales hechos, que, como pone de manifiesto la recurrente, no tuvieron lugar en el puerto propiamente dicho, sino en su bocana, afectando no sólo a los servicios del puerto, sino de la navegación.

Finalmente y como ha señalado la sentencia de 10 de mayo de 1993, «la personalidad jurídica única de la Administración, definida en el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (ahora recogida por el art. 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), hubiera exigido que el Ministerio de Defensa remitiese la reclamación formulada a fin de tramitar el correspondiente expediente administrativo al Ministerio de..., según lo dispuesto concordantemente por los artículos 8.1 y 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, principio de actuación claramente recogido en la actualidad por el artículo 20.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que, sin embargo, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley estaba insito en nuestro sistema jurídico de personalidad única de la Administración del Estado y de competencia de los órganos administrativos conforme a los preceptos anteriormente citados».

Todo lo cual lleva, como se ha dicho, a considerar contrarias al Ordenamiento jurídico las resoluciones impugnadas que declaran la incompetencia del Ministerio de Defensa, procediendo en consecuencia su anulación y debiéndose entrar a examinar el fondo del asunto dado el carácter pleno de esta jurisdicción y contrariamente a lo sostenido en la contestación a la demanda, que responde a una posición ya superada que constreñía la función jurisdiccional al examen de la legalidad en los concretos aspectos de la actuación previa y no de la situación realmente planteada, que en este caso no es otra que la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración en razón de los hechos ya referidos.

*Cuarto.* La responsabilidad patrimonial del Estado, tras ser contemplada inicialmente en los artículos 405-414 de la Ley de Régimen Local, se acogió de manera más amplia en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 120-123) y se plasmó con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1956 (arts. 40 y sigs.), adquiriendo rango constitucional al incluirse en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978.

Tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y tiene como fundamento la asunción por parte del Estado de los riesgos y consecuencias dañosas derivados de la actividad de la Administración en el ejercicio de las potestades que le reconoce el Ordenamiento jurídico y, consiguientemente, al margen y con independencia de la intencionalidad o culpabilidad, según doctrina jurisprudencial plasmada, entre otras, en la sentencia de 5 de junio de 1989.

Para que surja la responsabilidad patrimonial así entendida se exige que concurren una serie de requisitos, que según la doctrina jurisprudencial pueden sintetizarse en los siguientes: primero, la existencia de un daño real, individualizado y ponderable económicamente; segundo, que el daño resulte imputable a la Administración como una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación directa e inmediata de causa a efecto, sin la intervención de elementos extraños que alteren dicho nexo causal; tercero, que no se haya producido por causa de fuerza mayor, y cuarto, que se exija dentro del plazo de un año señalado en la Ley.

En el presente caso no se cuestiona la producción de un daño a la recurrente cuya fijación en la cantidad de 4.260.000 pesetas ha quedado contrastada en período de prueba incluso mediante la intervención de perito, como tampoco se cuestiona la inexistencia de fuerza mayor y la observancia del plazo señalado en la Ley.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad, es claro que ni el ejercicio del derecho de manifestación ni el de huelga justifican ni amparan el bloqueo durante doce días de un puerto como el de Algeciras; de ninguno de ambos derechos forma parte o constituye contenido intrínseco el bloqueo de la bocana de un puerto; por el contrario, la alteración de la libre circulación puede justificar, de acuerdo con el artículo 21.2 de la Constitución, la prohibición de la reunión o manifestación que la produzca.

De la misma manera, la responsabilidad objetiva que se exige a la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos sólo queda

excluida por causa de fuerza mayor, por lo que carece de fundamento la alegación de la contestación a la demanda relativa a la causa de alteración del servicio, la actuación de los pescadores, pues dicha causa no exonera de la responsabilidad que la Administración asume por el funcionamiento del servicio, sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercitar en relación a los mismos.

Frente a ello, resulta plenamente acreditado en autos que los perjuicios invocados por la recurrente son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento de los servicios públicos o, con más precisión, de la falta de actuación de la Administración en el ejercicio de las facultades legales, tendente a mantener la libre navegación por las aguas territoriales y puerto de Algeciras durante los días 2 al 13 de marzo de 1990, que impidieron a la empresa recurrente desarrollar su actividad de comercio naval.

En consecuencia, ha de concluirse que concurren los requisitos establecidos en el artículo 106.2 de la Constitución y artículo 40 de la LRJAE, entonces vigentes, para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado aquí exigida, habiéndose acreditado suficientemente el alcance de los daños y perjuicios invocados, por lo que procede estimar el presente recurso y anular las resoluciones impugnadas.

*Quinto.* No ha lugar a hacer una expresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

**IV. RETRIBUCIONES DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.** Recurso de casación en interés de Ley. Inexistencia del derecho al abono, en concepto de servicios extraordinarios, de las guardias como Oficial de Cuartel y como Oficial de Guardia de Seguridad.

**Tribunal Supremo (Sala Tercera). Sentencia de 30 de abril de 1994.**  
**Ponente: Excmo. Sr. González Mallo.**

#### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* El Abogado del Estado interpone recurso de casación en interés de la Ley, al amparo del artículo 102.b) de la Ley Jurisdiccional, contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 1992 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso contencioso-administrativo número 202 del año 1991, en

cuya demanda el Teniente de Infantería don XXX solicitaba el reconocimiento del derecho a que se le abonen en concepto de servicios extraordinarios los de Oficial de Cuartel y Oficial de Guardia de Seguridad desde la entrada en vigor del Real Decreto 359/1989, petición que se estima por la sentencia aquí recurrida, que reconoce también el derecho a que se le abonen las cantidades «que en lo sucesivo se causen mientras persistan las mismas circunstancias o bien sean compensadas con la jornada de descanso adecuada», solicitándose por el representante de la Administración que se declare que la doctrina contenida en la sentencia impugnada es gravemente dañosa para el interés general y errónea, fijando como doctrina correcta que los servicios de Oficial de Guardia y Oficial de Cuartel tienen carácter ordinario y en consecuencia no deben ser retribuidos como servicios extraordinarios.

*Segundo.* La disposición final tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, dispuso que el Gobierno procederá a adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, añadiendo, sin embargo, que dicho sistema retributivo habrá de adaptarse a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados, sistema retributivo que reguló, primero, el Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, más tarde derogado por el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, regulándose en el artículo 3.º de ambos las retribuciones básicas y en el 4.º las complementarias, entre las que incluye las gratificaciones por servicios extraordinarios, de las que el apartado 5.º de ambos Reales Decretos afirma que no podrán ser fijadas en su cuantía ni periódicas en su devengo.

*Tercero.* Es errónea la doctrina que establece la sentencia que se impugna: 1.º Por cuanto generaliza sin la debida precisión cuando pretende establecer, con apoyo en los artículos 1.3 y 2.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, una equiparación total entre el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas y el de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, pues ya hemos visto que conforme a la disposición final tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, el sistema retributivo de los primeros habrá de adaptarse a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tiene asignados. 2.º Es errónea en cuanto considera que son



servicios extraordinarios los de Oficial de Cuartel y Oficial de Guardia de Seguridad que se prestan periódicamente, y por ser cada uno de ellos de la misma duración y características habrían de ser retribuidos con cantidades fijas en su cuantía, incumpliendo lo dispuesto al respecto en el artículo 4.º, apartado 5.º, de los dos Reales Decretos 359/1989 y 1494/1991. 3.º Las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra aprobadas por Real Decreto de 9 de noviembre de 1983 establecen en el artículo 132 una clasificación de las guardias por razón de su frecuencia, distinguiendo las ordinarias y las extraordinarias, señalando el artículo 136 que tienen carácter ordinario las guardias que se monten habitualmente, y extraordinarias aquellas que satisfacen alguna necesidad esporádica, de cuyo precepto, así como de los establecidos en los artículos 187, 188 y 192 de dichas Reales Ordenanzas, se deduce claramente que los servicios de Oficial de Cuartel y Oficial de Guardia de Seguridad no se prestan en función de necesidades esporádicas, sino habitualmente y de conformidad con turnos establecidos, por lo que de conformidad con el artículo 136 de las Reales Ordenanzas no pueden considerarse como extraordinarias. 4.º La Orden del Ministerio de Defensa de 18 de junio de 1984 estableció en sus artículos 2.º y 3.º el horario que habría de regir con carácter general en el ámbito del Ministerio de Defensa, pero disponiendo el artículo 4.º que con independencia de lo establecido en los artículos anteriores se cubrirán las guardias y servicios que se determinan en las Reales Ordenanzas particulares de cada Ejército, añadiendo que el militar en situación de actividad, cualquiera que sea su destino, se encontrará en disponibilidad permanente para el servicio. 5.º La cuestión relativa a la procedencia de descanso del personal que realiza servicios de esta clase, a la que se refiere la Circular del Teniente General de la JEME de 27 de diciembre de 1989, es cuestión sobre la que ninguna petición se formuló en la súplica de la demanda formulada en la Sala de Pamplona y que tampoco se cuestiona en este de casación en interés de la Ley.

*Cuarto.* Siendo errónea la doctrina sentada en la sentencia recurrida, parece evidente que concurre también el otro requisito exigido por el artículo 102.b).1 de que la misma sea gravemente dañosa para el interés general, que se vería seriamente afectado si se generalizase la doctrina mantenida por la sentencia recurrida de considerar servicios extraordinarios indemnizables todos los prestados como Oficial de Cuartel u Oficial de Guardia de Seguridad.

*Quinto.* De conformidad con lo expuesto es procedente estimar el recurso de casación en interés de la Ley promovido por el Abogado del

Estado y, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, declarar como doctrina legal que los servicios de Oficial de Guardia y Oficial de Cuartel tienen carácter ordinario y en consecuencia no deben ser retribuidos como servicios extraordinarios, sin que se aprecie la concurrencia de motivos para una expresa imposición de costas.

#### FALLAMOS:

Que estimando el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 1992 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso contencioso-administrativo tramitado en la misma con el número 202 del año 1991, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijamos como doctrina legal correcta que los servicios de Oficial de Guardia y Oficial de Cuartel tienen carácter ordinario y en consecuencia no deben ser retribuidos como servicios extraordinarios; sin pronunciamiento sobre el pago de costas.

**V. ZONAS E INSTALACIONES DE INTERES PARA LA DEFENSA NACIONAL.** Validez de los artículos 1 y 2 del Real Decreto 811/1988, de 20 de junio, que declara zona de interés para la defensa nacional el espacio comprendido entre determinadas coordenadas geográficas en el término municipal de Anchuras. Suficiencia de cobertura legal en las limitaciones a la propiedad impuestas. Inexistencia de desviación de poder y de vulneración del principio de libertad de residencia.

**Tribunal Supremo (Sección 4.ª). Sentencia de 2 de marzo de 1994.**  
**Ponente: Excmo. Sr. Martí García.**

#### Antecedentes de hecho

*Primero.* Don A., por escrito de 21 de septiembre de 1988, interpuso ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 811/1988, de 20 de julio, que declara zona de interés para la defensa nacional el espacio comprendido entre determinadas coordenadas geográficas en el término municipal de Anchuras, en la pro-

vincia de Ciudad Real, siendo tramitado bajo el número 422/1988. Contra el mismo Real Decreto, publicado en el *BOE* de 27 de julio, don B., don C., don D. y don E. interpusieron recurso contencioso-administrativo por escrito de 27 de septiembre de 1988, siendo tramitado bajo el número 426/1988. De igual forma y contra el mismo Real Decreto el Ayuntamiento de Anchuras interpuso recurso contencioso-administrativo por escrito de 27 de septiembre de 1988, siendo tramitado bajo el número 429/1988. Asimismo, don F. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el mismo Real Decreto por escrito de 19 de enero de 1989, siendo tramitado bajo el número 31/1989. Y por último, doña G., don H. y don I interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 811/1988 por escrito de 20 de enero de 1989, siendo tramitado bajo el número 62/1989.

*Segundo.* Que tras los oportunos trámites la Sala Tercera del Tribunal Supremo por Auto de 26 de marzo de 1990 acuerda la acumulación de los recursos 422/1988, 426/1988, 429/1988, 31/1989 y 62/1989. Y por Auto de 5 de junio de 1991 la misma Sala declara caducado el recurso 62/1989 por haber dejado transcurrir el plazo concedido para formalizar la demanda sin presentar el oportuno escrito de demanda.

*Tercero.* Que en trámite de demanda los recurrentes en los recursos 422/1988, 426/1988, 429/1988 y 31/1989 solicitan que se estimase el recurso y se declare la nulidad del Real Decreto 811/1988. El Abogado del Estado, en trámite de contestación a las demanda, solicita se dicte sentencia declarando la inadmisibilidad de los recursos 429/1988 y 426/1988 y, en todo caso, desestimando todos los recursos contenciosos-administrativos acumulados y confirmando el Real Decreto impugnado por ser totalmente ajustado a Derecho.

*Cuarto.* Por Auto de 26 de marzo de 1992 se recibe el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos. Y tras el trámite de conclusiones, por providencia de 13 de diciembre de 1993 se señala para votación y fallo el día 23 de febrero de 1994. La deliberación, votación y fallo tvo lugar el día 23 de febrero de 1994.

VISTOS, siendo Ponente el Magistrado de la Sala Excmo. Sr. don Antonio Martí García.

### **Fundamentos de derecho**

*Primero.* Es obligado iniciar este análisis por el relativo a las causas de inadmisibilidad que el Abogado del Estado aduce respecto a los recursos 426 y 419 de 1988. El primero, porque los recurrentes, dice, iniciaron

el recurso directamente contra el Real Decreto 811/1988 sin haber formulado el oportuno recurso de reposición, y ello genera la causa de inadmisibilidad prevista en el apartado e) del artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción. Y el segundo, el recurso contencioso-administrativo 429/1988, porque al formalizar la demanda no se han cumplido los requisitos de forma establecidos en el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción, y ello motiva la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del apartado g) del artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción.

*Segundo.* La causa de inadmisibilidad que el Abogado del Estado alega respecto al recurso contencioso-administrativo 426/1988, y aunque conste acreditado que los recurrentes no han interpuesto recurso de reposición y han dirigido el recurso contencioso-administrativo directamente contra el Real Decreto 811/1988, procede rechazarla; y ello no tanto porque se acepte la tesis de los recurrentes sobre que el Real Decreto citado es una disposición de carácter general —lo que no es ciertamente una tesis pacífica— que, conforme al artículo 53.e) de la Ley de la Jurisdicción, no precisa el previo recurso de reposición, sino porque la falta de tal recurso previo se podría subsanar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, máxime cuando la nueva Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, además de omitir cualquier referencia al antiguo recurso de reposición, en su artículo 109 dispone que ponen fin a la vía administrativa, entre otras, las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, y cuando ello es así y cuando la complejidad de las presentes actuaciones ha posibilitado el transcurso de más de cinco años desde la iniciación hasta el señalamiento para el fallo no ha lugar a acordar el trámite de subsanación citado al amparo del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción por imperativo de los principios de seguridad y economía procesal vigentes en nuestro Ordenamiento, ya que, de una parte, en esta litis hay acumulados recursos en los que se solicita la misma petición y la Administración las denegó en el trámite de recurso previo, y, por tanto, cabe ciertamente presumir que la Administración dictaría similar resolución denegatoria al resolver el recurso de reposición cuya falta se denuncia; y por ello la vuelta atrás de las actuaciones y su paralización no alteraría los términos de la litis y sí generaría un considerable nuevo retraso, innecesario y sin efecto alguno, y de otra, porque incluso la admisión de la causa de inadmisibilidad tampoco alteraría los términos de este análisis, pues en los otros recursos acumulados se alegan similares razones de fondo a las que en el recurso 426/1988 aparecen.

*Tercero.* Procede por contra aceptar la causa de inadmisibilidad aducida respecto al recurso tramitado bajo el número 429/1988, ya que en el escrito de demanda y respecto a hechos y fundamentos de derecho lo que aparece es lo siguiente: «Hechos. Unico. Los que se deriven del expediente administrativo, si es que existe. Fundamentos de Derecho. Unico. Como desconocemos los hechos, los que más convengan». Y con tal relato, ciertamente, que no se ha cumplido la exigencia del artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción, y esta Sala no puede hacer valoración alguna al no poder sustituir la posición de la parte y ser ésta la obligada a exponer los motivos o razones en que basa su impugnación, debiendo añadirse además que esta Sala y respecto a distintas peticiones sobre aportación y ampliación del expediente, por Autos de 3 de julio de 1990 y de 20 de febrero de 1991, este último precisamente resolviendo recurso de súplica a instancias del Ayuntamiento de Anchuras en el recurso 429/1988, declaró que con la documentación remitida por la Administración se estimaba cumplida la providencia que requirió a la Administración la remisión del expediente completo, y ello lo hizo valorando, entre otros, que se trataba de materia «clasificada» al amparo de la Ley 9/1968, modificada por la ley 48/1978, de 7 de octubre, sin olvidar además que todos los recurrentes, con la documentación obrante en sus escritos de demanda, han realizado una adecuada exposición de hechos y de los fundamentos en que se apoyan sus respectivas pretensiones. Sin que por todo lo anterior proceda entrar en el análisis de la petición de nulidad de todo lo actuado que el Ayuntamiento de Anchuras refiere en su escrito de conclusiones por la falta de remisión del expediente, ya que, como se ha señalado, el recurso del citado Ayuntamiento es inadmisibile y, por otro lado, esa cuestión fue resuelta por los autos citados de esta Sala y las demás partes han podido formular sus alegaciones y peticiones, y, en fin, esa petición que se refiere en el cuerpo del escrito no aparece en el suplico del mismo.

*Cuarto.* Al margen de esa petición de nulidad ya analizada y resuelta, las alegaciones o fundamentos de las peticiones de las partes respecto al fondo del asunto se pueden sintetizar y agrupar en las siguientes: nulidad del artículo 1 del Real Decreto impugnado; anulabilidad de los artículos 1 y 2; falta de cobertura legal en las limitaciones impuestas y desviación de poder; vulneración del principio de libertad de residencia de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución, en relación con el 14 de la misma Norma, y elección indebida de la zona de Anchuras.

*Quinto.* En atención a que los artículos 8, 97 y 149 de la Constitución, respectivamente disponen que «las Fuerzas Armadas tienen como

misión garantizar la soberanía e independencia de España...»; que «el Gobierno dirige la política interior y exterior y la defensa del Estado», y que «el Estado tiene competencia exclusiva sobre DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS...», ningún reproche cabe hacer a la resolución impugnada, Real Decreto 811/1988, por el hecho de que genéricamente declare, como hace, zona de interés para la defensa nacional un determinado espacio del territorio, pues se trata de una resolución dictada por el órgano competente y en ejercicio de las potestades y facultades exclusivas que le son propias, cual de las normas citadas aparece, y ha reconocido incluso el Tribunal Constitucional por Auto de 21 de julio de 1989, y además se hace al amparo de lo dispuesto en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, que en su artículo 1.º autoriza la declaración de zona de interés para la defensa nacional y dispone también la afectación de los derechos sobre los bienes situados en ella a las limitaciones previstas en la propia Ley; y, por tanto, a virtud de lo anterior procede ya rechazar las alegaciones genéricas sobre nulidad del Real Decreto impugnado.

*Sexto.* Algunos de los recurrentes aducen que, formalmente, el Real Decreto no está completo y que no se sabe lo que la Administración pretende ni a qué partes del territorio afectan las limitaciones que dispone; y al respecto hay que señalar con el Abogado del Estado que la norma se ha de valorar e interpretar cualquiera que sea su mayor o menor precisión en la redacción en su integridad, esto es, en su articulado y en su exposición preliminar, antecedentes o exposición de motivos que en la misma aparecen y de acuerdo también con las circunstancias y momento en que se produce, y a partir de ellas resulta fácil inferir que la Administración proyecta y pretende la construcción de un polígono de entrenamiento para el Ejército del Aire, que está constituido e integrado tanto por el espacio de cinco kilómetros cuadrados que las actividades e instalaciones de entrenamiento requieren como por la zona de sobrevuelo de los aviones, así aparece en la propia norma, y por tanto y para ello declara zona de interés para la defensa nacional al espacio comprendido en las coordenadas geográficas que señala y que se corresponde con la anterior precisión de espacio y zona, y a unas y a otras afectan, obviamente, las limitaciones que más atrás dispone, por lo que no se puede apreciar indeterminación en la norma ni falta de claridad en lo que la Administración quiere.

*Séptimo.* A lo anterior en nada obsta el que se alegue que la Administración no tiene allí, en la zona o espacio definido, ninguna instalación ni propiedad, pues el artículo 2.º de la Ley citada 8/1975 expresamente dispone al definir las zonas de interés para la defensa nacional que lo son

las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz..., esto es, tanto se refiere la Ley a las instalaciones o propiedades que ya tenga o ya existan como a las que vaya a instalar, que es el caso de autos en el que se proyecta la construcción de un polígono de entrenamiento *ex novo*. Y sin que tampoco afecte a la validez de la norma la falta de mención o previsión específica respecto a los terrenos o propiedades en los que se hayan de construir las instalaciones militares necesarias, y que por ello resultarán incompatibles con el uso privado de los mismos, pues aparte de que no constan alegaciones o peticiones con ese extremo relacionadas, es lo cierto que se está en el inicio de la actividad; y para esta situación o momento inicial lo obligado y procedente era la declaración de zona de interés para la defensa, a la que genéricamente afectan todas las limitaciones señaladas, para más tarde o después seguir el trámite, adquiriendo en su caso las propiedades necesarias, como se refiere en los antecedentes que obran y como en realidad ha sucedido, al señalarse distintas adquisiciones de terrenos en la zona afectada por parte de la Administración, y sin olvidar, de una parte, que en todo caso los intereses de los propietarios cuyos terrenos, por estar destinados a instalaciones, fuesen incompatibles con el uso privado están o estarían debidamente garantizados por el Ordenamiento, Constitución, Ley de Expropiación Forzosa, por la propia Ley 8/1975, entre otros artículo 28, y el Reglamento aprobado por Decreto 689/1978, de 10 de febrero, entre otros artículo 88, e, incluso, por la propia norma impugnada que reconoce genéricamente la posibilidad de indemnización; y de otra, que esos intereses o derechos privados, aunque puedan y deban en su caso ser expropiados o indemnizados, no pueden ciertamente impedir que la Administración en el ejercicio de las facultades y potestades constitucionalmente reconocidas inicie los trámites para la construcción de un polígono de entrenamiento en el caso de que éste sea necesario para las Fuerzas Armadas y la defensa nacional.

*Octavo.* Además de lo anterior, como consta en las actuaciones y en la propia norma se refiere que se adopta en razón a que la eficacia —en la política de defensa y la política militar— recaba hoy con carácter ineludible la disposición de un polígono de entrenamiento para el Ejército del Aire, es procedente por todo ello rechazar las alegaciones relativas a nulidad de pleno derecho y anulabilidad del Real Decreto impugnado, pues la necesidad del nuevo polígono, por estimarlo así y declararlo el órgano competente, no se puede cuestionar ni revisar y, además, la norma que lo posibilita se ha adoptado en la forma exigida y de acuerdo con lo al res-

pecto dispuesto por la Ley que la autoriza, Ley 8/1975, cual se ha referido.

*Noveno.* Procede ahora entrar en el análisis de las alegaciones relativas a la falta de cobertura legal en las limitaciones que el Real Decreto impugnado establece, y que se concretan en la necesidad de solicitar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la transmisión de propiedades, para la constitución, transmisión y modificación de hipotecas y para la construcción o edificación de obras de cualquier clase referidas a personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, alegando en síntesis los recurrentes que tales limitaciones comportan un control o intervención en el tráfico jurídico de los bienes de la zona que precisa de cobertura legal y ésta no existe. Y esta Sala no comparte tal tesis y estima que las limitaciones impuestas tienen la cobertura legal exigida, de una parte, porque esas medidas o limitaciones, con la expresión literal que en el Real Decreto aparecen, están con el mismo tenor literal previstas y dispuestas en la Ley 8/1975, artículo 18, y en el Decreto 689/1978, artículo 37, para las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros; y aunque es cierto que tanto la Ley citada como el Decreto autorizan a la Administración para que en salvaguarda de los intereses de la defensa nacional clasifiquen las zonas en de interés para la defensa nacional, de seguridad en las instalaciones militares y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, y con tal previsión se podría entender que las limitaciones se habrían de corresponder exactamente con la clasificación que la Administración haga, y que por ello no se podrían adoptar las limitaciones previstas para una zona como la de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros si no se ha clasificado como tal; sin embargo, como el artículo 1, tanto de la Ley 8/1975 como el Decreto 689/1978, al tiempo que precisan la clasificación de zonas también disponen que estas clases de zonas son compatibles entre sí, de modo que por razón de su naturaleza y situación determinadas extensiones del territorio nacional podrán quedar incluidas simultáneamente en zonas de distinta clase; y si ello así lo prevé la norma y si el Real Decreto impugnado al tiempo que clasifica en su artículo 1.º como zona de interés para la defensa un espacio geográfico, en su artículo 2.º establece las limitaciones propias y previstas en la Ley para las zonas de acceso restringido a la propiedad, puede ciertamente entenderse con esa previsión del artículo 2.º, que está clasificando implícitamente la zona como de acceso restringido a la propiedad, aunque literalmente no lo diga, y de otra, principalmente, porque aun sin necesidad de entender que existe esta otra clasificación implícita como zona de acceso restringido a la propiedad, la propia clasificación del espacio geográfico como zona de interés para la defensa permite por sí solo adoptar las



medidas o limitaciones dispuestas. En efecto, el análisis de la Ley 8/1975 permite advertir que de las tres clasificaciones que autoriza, la primera, la de interés para la defensa nacional es la más importante y la que mayor grado de control e intervención exige; y si mientras para ella no concreta medidas precisas y habla sólo de las prohibiciones, limitaciones o condiciones que se establezcan, y para las dos siguientes zonas establece algunas medidas concretas, es claro que esas prohibiciones, limitaciones o condiciones genéricas que la Ley autoriza para la zona primera, la clasificada como de interés para la defensa nacional, pueden ser las reconocidas y establecidas para las otras dos zonas, que se pueden estimar como accesorias o complementarias de la primera; sin olvidar, a mayor abundamiento, que también se puede y debe entender que las citadas limitaciones están expresamente previstas en el artículo 5 de la Ley 8/1975, pues el precepto habla expresamente de limitaciones y prohibiciones en relación con la utilización de la propiedad inmueble, y por tal utilización no se puede estrictamente entender, como se pretende, la sola utilización física o material del terreno; primero, porque dada la finalidad de la norma hay que posibilitar la interpretación que permita las máximas garantías a las necesidades de la defensa nacional; segundo, porque por utilización, que significa según el Diccionario de la Real Academia acción y efecto de utilizar, que equivale a aprovecharse de una cosa, genérica y usualmente, se puede entender tanto el uso material como la cesión, tanto se aprovecha una cosa por su fruto como por el precio de su venta, y tercero, porque la utilización no la refiere la norma al terreno, sino a la propiedad inmueble, que es un concepto jurídico, y siendo una facultad del propietario la de disponer de la cosa, artículo 348 del Código Civil, es claro también que la utilización de la propiedad que refiere la norma puede, obviamente, referirse a la posibilidad de disposición de esa propiedad, a su tráfico jurídico, que es lo que el Real Decreto impugnado hace, sin que, por último, resulte ocioso también referir que el derecho a la propiedad privada, según el artículo 33 de la Constitución, puede resultar restringido o limitado en razón de la función social, aunque con la correspondiente indemnización en caso de privación, previos los requisitos que el propio precepto establece, y en el caso de autos se cumplen las exigencias de la Constitución por tratarse de limitaciones que son exigidas por necesidades de la defensa nacional, que están adoptadas al amparo de la Ley que las posibilita y se han previsto las posibilidades de indemnización.

*Décimo.* Las anteriores valoraciones permiten desestimar también las alegaciones relativas a la desviación de poder, pues por tal concepto, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción, artículo 83, se entiende el ejercicio

de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico, y en el supuesto de autos la Administración demandada ha adoptado las medidas a que venía obligada de acuerdo con las necesidades de la defensa nacional, y lo han hecho con las normas que la regulan y en garantía de esas necesidades de la defensa, esto es, ha ejercitado sus potestades precisamente para alcanzar los fines fijados por el Ordenamiento, no cabe por tanto hablar de desviación de poder, la Administración, según lo actuado, pretende la instalación de un polígono que precisa por necesidades acreditadas, y ha adoptado las limitaciones que la Ley le autoriza en garantía del mismo.

*Undécimo.* Para el análisis de la alegación de los recurrentes, la relativa a la inadecuación del emplazamiento acordado o indebida elección del término municipal de Anchuras para la instalación del polígono de tiro, conviene partir de las siguientes premisas, que se advierten e infieren de todo lo antes valorado y que se pueden sintetizar del siguiente modo: a) que la Administración y por medio del órgano competente ha estimado necesario la instalación de un nuevo polígono de entrenamiento; b) que lo ha hecho por virtud de la norma exigida y en base y desarrollo de las facultades y potestades legal y constitucionalmente reconocidas, y c) que ha adoptado las limitaciones que la Ley permite y autoriza, y ello en garantía de las necesidades y para el cumplimiento de las actividades propias del polígono de entrenamiento, que están relacionadas y dirigidas a la mayor eficacia de la política de defensa y política militar; pues bien, con tales presupuestos y dadas las potestades que la Administración del Estado tiene en la materia reconocidas es obligado también entender que la Administración podía elegir el lugar del emplazamiento, bien por razones militares o de defensa, que por motivos de la seguridad podían estar afectados por lo al respecto previsto en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, bien por otros motivos ajenos a esa materia reservada, que en este caso sí tendría que explicitar; y en un caso y en el otro, si la elección era la adecuada los afectados tendrían o tendríamos que aceptar la decisión y soportar las limitaciones o incomodidades de ello derivadas, con el derecho a solicitar y obtener las indemnizaciones en su caso procedentes, sin que la alegación de por qué unos y no otros adquiera aquí trascendencia, pues, ciertamente, en algún lugar se han de instalar los polígonos de entrenamiento, al igual que otras instalaciones del Estado; y si en el ejercicio de los derechos individuales el de uno termina donde empieza el de otro, los derechos de los propietarios de terrenos y de un territorio geográfico han de ceder ante los intereses generales y del Estado, que por afectar a la política militar y a la

política de defensa tienden a la seguridad y protección de todos los ciudadanos y de todos los territorios, lo que obviamente no impide que la afectación lo sea en el menor grado posible y tratando siempre de lograr la mayor compatibilidad entre los intereses de la Administración en este caso y los de los ciudadanos.

*Duodécimo.* Pues bien, sentado lo anterior y dado que en el caso de autos la Administración, a pesar de que por tratarse de materia «clasificada» se ha reservado documentación y razones, ha explicitado los motivos o datos que le han llevado a la elección del término municipal de Anchuras como lugar idóneo para el emplazamiento del polígono de entrenamiento, corresponde ahora analizar si hay incongruencia o no entre los motivos expuestos y el emplazamiento elegido, y a este respecto cómo la documentación aportada por la Administración refiere que se han valorado o tenido en cuenta: *a)* equidistancia de las unidades aéreas de combate situadas en el centro y sur de la Península; *b)* dimensiones del polígono; *c)* régimen de utilización; *d)* armamento previsiblemente utilizable; *e)* condiciones geográficas y de comunicación; *f)* topografía, densidad de población; *g)* que a partir de esas premisas generales se hizo una preselección de veintiséis zona que reunían en una primera aproximación las condiciones predeterminadas de instalación; *h)* que un segundo paso descartó catorce de ellas por razón de proximidad a grandes núcleos de población; *i)* que las doce restantes fueron analizadas individualmente, y *j)* que se concluyó estimando que la que después fue declarada de interés para la defensa nacional reunía los caracteres técnicos definidos, presentaba la menor densidad de población, con tendencia encauzada a su descenso; la mayor concentración de propiedades, la proximidad de terrenos de dominio público y el menor impacto ambiental. A partir de esos datos hay que estimar, al menos en principio, que la solución adoptada, la elección del municipio de Anchuras, estaba ciertamente justificada y que era en todo congruente con las necesidades de la Administración y con los motivos o razones que objetivamente se habían señalado al efecto; y por ello, para poder estimar como los recurrentes pretenden que la elección fue inadecuada, será preciso acreditar, bien que esos motivos no son los adecuados o que en el caso de autos no concurren, en contra de lo que la Administración ha afirmado.

*Décimotercero.* Respecto a que los motivos señalados por la Administración sean o no objetivos y atendibles, hay que aceptar la tesis de la Administración, a pesar de que algún recurrente refiera la que denomina falacia de la equidistancia, pues la equidistancia es un dato a tener en cuenta y valorar como la Administración refiere, y podría llegar a ser una

falacia, cual los recurrentes definen, si hubiese sido el único dato, pero no obviamente si se analiza con los demás criterios, que como se advierte de su análisis, además de objetivos y fácilmente evaluables tienden a compatibilizar las necesidades o intereses generales con los particulares o individuales en la mayor medida posible.

*Décimocuarto.* Aducen los recurrentes la riqueza de la zona y el gran impacto que sobre ella puede producir el nuevo polígono, y aunque es cierto que en las actuaciones obran importantes informes que con amplitud y detalle lo desarrollan, no hay que desconocer o cuestionar sin más, como también se pretende, otros informes que refieren otra realidad y sobre todo hay que valorar: que la propia Administración, no ajena a la riqueza y variedad de todo el territorio del Estado, ha valorado y apreciado no la carencia de impacto ambiental, ello sería ciertamente difícil, sino el causar el menor impacto ambiental, y ello no se desvirtúa, obviamente, con los informes sobre la riqueza de Anchuras, sin olvidar que tampoco ha sido sólo la valoración del menor impacto ambiental el que determina la decisión final, sino que junto a ese dato se habla de la lejanía a los grandes centros de población, de la topografía, de la concentración de propietarios y, en fin, de la mayor o menor densidad de población, y por tanto la sola consideración de los informes antes citados no tiene entidad por sí sola para alterar la decisión tomada a partir de tan amplio número de datos, que son objetivos y evaluables, como tampoco la tiene, en fin, la alegación de que procediera la designación de Cabañeros y no de Anchuras, pues además de que con esa tesis o petición se desvirtúan en parte las razones que se aducen para que no se designe a Anchuras por el impacto ambiental, en todo caso no hay que olvidar, según las actuaciones muestran, que Cabañeros fue una de las otras zonas valoradas por la Administración y que, como otras, fue descartada en razón a que Anchuras reunía las mejores condiciones de acuerdo con los presupuestos señalados; y esta realidad no ha sido desvirtuada por los recurrentes y por tanto se ha de estar a la tesis de la Administración, que por estar debidamente acordada y expuestos los motivos que la han posibilitado goza como todo acto administrativo de la presunción de legalidad y no ha sido desvirtuada, según más atrás se ha expuesto.

*Décimoquinto.* Procede por último rechazar las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la libertad de residencia en relación con el de igualdad que la Constitución consagra en los artículos 19 y 14 y a la falta de previsión de indemnización para los perjuicios, que además de las limitaciones impuestas han de soportar los propietarios de terrenos: peli-

gros, ruidos... La primera, porque no aparece la incompatibilidad ni la prohibición de residencia en los términos que se alega y el lugar del emplazamiento se ha hecho valorando precisamente la menor cercanía a los centros de población, y la segunda, porque aparte de que el Abogado del Estado tratando de explicar el funcionamiento del nuevo polígono ha concluido estimando que no existirán los peligros o perjuicios que se aducen, es lo cierto que en la contestación a la demanda la Administración demandada precisa que el artículo 28 de la Ley 8/1975, al que se remite el Real Decreto 811/1988, «contempla no solamente los perjuicios por las servidumbres y limitaciones que sean indemnizables conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, sino también cualquier adecuada compensación que sea necesaria respecto a obligaciones, servidumbres, limitaciones de todo orden, con una amplitud aún mayor que las normas propiamente expropiatorias», agregando que el Real Decreto especifica que cualquier daño de cualquier tipo que efectivamente se produzca sería en su caso totalmente indemnizable; y tal valoración de la Administración no sólo se puede obtener a partir del Real Decreto impugnado e, incluso, de la Ley 8/1975 y del Decreto que la desarrolla en cuanto precisan que el Decreto determinará la zona afectada y fijará las prohibiciones... respetando los intereses públicos y privados siempre que sean compatibles con los de la defensa nacional, ajustándose en caso contrario a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley..., de lo que se deduce la posibilidad de indemnización que refiere la Administración demandada, sino que además a similar solución se llega por aplicación del principio de igualdad, pues si como antes se ha señalado cualquier ciudadano puede verse afectado por la proximidad o cercanía de un polígono de entrenamiento, el principio de igualdad con los demás ciudadanos ha de posibilitar el restablecimiento de la desigualdad que ello comporta, a partir, claro está, de la realidad del daño y desde el momento en que se produzca y se acredite.

*Décimosexto.* No son de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a los efectos de una concreta imposición de costas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

### **3. DOCUMENTACION**

**«EL DERECHO MILITAR Y LA UTILIZACION  
DE LAS FUERZAS ARMADAS EN UN NUEVO ORDEN  
MUNDIAL»**

PONENCIA PRESENTADA POR EL GRUPO ESPAÑOL  
EN EL XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACION  
INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR  
Y DERECHO DE LA GUERRA

Viena, 13-17 de junio de 1994

I. Operaciones y problemas jurídicos relativos a las Fuerzas Armadas  
derivadas del cumplimiento del orden jurídico internacional

1. ¿CONTIENE EL SISTEMA JURÍDICO DE SU PAÍS DISPOSICIONES QUE CONTEMPLAN EL RECURSO A LAS FUERZAS ARMADAS, EN MISIONES DE MANTENIMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO O DE INTERVENCIÓN HUMANITARIA?

Javier Sánchez del Río y Sierra  
*General Consejero Togado*

Esta pregunta, de orden general, tiene una respuesta positiva, como podrá deducirse de la contestación dada al resto de las que componen el cuestionario. Aunque no existen normas explícitamente relativas al problema planteado, permite responder afirmativamente una interpelación sistemática del Ordenamiento jurídico español.

En primer término, la Constitución no contiene disposición prohibitiva alguna que pudiese impedir la participación de las Fuerzas Armadas españolas en las misiones a que se refiere la pregunta. Y, en segundo término, distintas normas internas, bien aluden expresamente a esta colaboración, bien la permiten por vía indirecta. Así, Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprobara las llamadas «Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», que es un compendio de normas morales y de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas; la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por la Ley 1/1984, de 5 de enero,

sobre criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar; la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, y la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar.

Puede afirmarse, por tanto, que en España existe una legislación que, indirecta o indirectamente, contempla el recurso a las Fuerzas Armadas en misiones de mantenimiento del orden jurídico internacional o de intervención humanitaria y, de hecho, sus Fuerzas Armadas han cumplido y están cumpliendo operaciones de uno y otro tipo (UNTAG, UNAVEM I, ONUCA, ONUVEN, ONUVEH, ONUSAL, ONAVEM II, MINURSO, UNMOZ y UNPROFOR II).

En la contestación a las cuestiones que siguen, se alude con más detalle, a esta legislación y a los problemas que suscita.

2. ¿QUÉ MISIONES DE FUERZAS MULTINACIONALES PERMITE VUESTRO SISTEMA JURÍDICO?
  - a) ¿Legítima defensa colectiva de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, en el seno de una alianza o de otra coalición cualquiera o fuera de ellas?
  - b) ¿Mantenimiento de la paz?
  - c) ¿Restablecimiento de la paz, según el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas?
  - d) ¿Intervención humanitaria?
  - e) ¿Otras misiones. (P. ej., asistencia en caso de catástrofe)?

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*General Auditor*

## CONSIDERACIONES GENERALES

El Preámbulo de la Constitución española proclama el propósito de la Nación española de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

Propósito que se desarrolla en el artículo 96 de la Norma Fundamental, que dispone: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».



De forma que, a través de la publicación en España, un tratado válidamente concluido es fuente directa del Derecho español y se integra en el Derecho interno (Ordenamiento jurídico español), siendo fuente directa de derechos y obligaciones, sin necesidad de un acto de transformación por norma interna. Se produce, pues, la aplicación directa del tratado sin necesidad de una norma que lo desarrolle, como dispone el artículo 1.5 del Código Civil.

Al suscribir España la Carta de las Naciones Unidas, forman parte del Ordenamiento jurídico interno español los principios sobre el uso de la fuerza y el sistema institucionalizado de seguridad colectiva que —por otra parte— no están en contradicción con el resto del sistema interno. Así, el artículo 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978) dispone que: «Cuando unidades militares actúen en misiones de colaboración para mantener la paz y seguridad internacionales, se sentirán nobles instrumentos de la Patria al servicio de tan elevados fines».

a) *¿Legítima defensa colectiva de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, en el seno de una alianza o de otra coalición cualquiera o fuera de ellas?*

La prohibición del uso o amenaza de la fuerza contenida en el artículo 2.4 de la Carta admite algunas excepciones, derivadas del mismo texto, como el reconocimiento del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva ante una agresión armada (artículo 51), la acción coercitiva acordada por el Consejo de Seguridad o autorizada por éste en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión (Capítulo VII de la Carta) y la llamada intervención humanitaria acordada por el propio Consejo para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Con fundamento en la propia Carta, no existe ninguna dificultad en el sistema jurídico español para la participación de fuerzas nacionales en acciones de legítima defensa colectiva, puesto que un miembro de las Naciones Unidas está autorizado para actuar en legítima defensa, no sólo cuando sufre directamente un ataque armado, sino cuando este ataque se dirige contra otro Estado cuya seguridad e independencia se estimen vitales, siempre en defecto del funcionamiento del sistema institucionalizado de seguridad colectiva de la ONU.

Ahora bien, esta modalidad colectiva de la legítima defensa requiere la existencia previa de un vínculo convencional entre los Estados que se asisten o, en su defecto, la petición previa del Estado víctima del ataque armado.

Justamente el derecho de legítima defensa colectiva reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es la base jurídica (artículo 5) del Tratado del Atlántico Norte, formando parte España de tal alianza defensiva a partir de 1982. Obviamente, aunque España no está integrada en la estructura militar de la OTAN, ha asumido las obligaciones derivadas de tal tratado y, entre ellas, la asistencia al Estado miembro que sufra un ataque, adoptando las medidas necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región de Atlántico Norte (artículo 5).

b) *¿Mantenimiento de la paz?*

El sistema jurídico español no impide la participación de fuerzas armadas en contingentes multinacionales que participen en operaciones de mantenimiento de la paz no coercitivas, acordadas por el órgano competente de la Organización de las Naciones Unidas. A este tipo de colaboración se refiere el artículo 9 («Misiones de colaboración para mantener la paz y seguridad internacionales») de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Esta participación en operaciones de mantenimiento de la paz es posible conforme a la Constitución española y, conforme al artículo 97 de la misma, corresponde acordarla al Gobierno en sus atribuciones de dirección de la política exterior.

c) *¿Restablecimiento de la paz, según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas?*

El fundamento constitucional de la aportación de fuerzas españolas a la acción coercitiva acordada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión (Capítulo VII de la Carta)— reside en los artículos 94 y 96 de la Constitución española y es consecuencia de las obligaciones asumidas por España como miembro de la Organización de las Naciones Unidas (particularmente el art. 43 de la Carta establece el compromiso de

todos los Estados Miembros de poner a disposición del Consejo de Seguridad sus fuerzas armadas, ayuda y seguridad internacionales. Obligación que desarrollan otros artículos de la Carta).

En el Derecho interno español se refiere también a estas misiones («mantener la paz y seguridad internacionales») el artículo 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, ya citado.

d) *¿Intervención humanitaria?*

Debemos precisar previamente que el concepto de «intervención humanitaria», excluyendo la intervención unilateral de los Estados mediante el empleo de la fuerza con motivación humanitaria, para referirnos al uso de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con fines humanitarios (asistencia a las víctimas de los conflictos armados o situaciones de peligro para los derechos humanos).

Esta intervención humanitaria se fundamenta en la competencia del Consejo de Seguridad para declarar que una situación (violación de los derechos humanos o derecho internacional humanitario) pone en peligro la paz y seguridad internacionales y no suele prescindir del consentimiento del Estado, a través de acuerdos que facilitan las acciones humanitarias en su territorio.

Para esta «intervención humanitaria» así definida, no existe impedimento alguno en el sistema jurídico español. Su fundamento es el ya expuesto para las «operaciones de mantenimiento de la paz» o para las «actuaciones para el restablecimiento de la paz, según el Capítulo VII de la Carta».

e) *¿Otras misiones (p.ej., asistencia en caso de catástrofe)?*

Las misiones de las Fuerzas Armadas, establecidas en el artículo 8 de la Constitución española, no agotan sus posibilidades de actuación y, así, se establecen otros cometidos en la Ley Orgánica 6/1989, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Nacional. El artículo 21 define la «Defensa civil» 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.

El artículo 22 de la misma Ley dispone que las Fuerzas Armadas,

a requerimiento de la Autoridad Civil podrán colaborar con ella en la forma que establezca la Ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga. En el mismo sentido, el artículo 22 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas establece la actuación de la Institución Militar como modelo de cooperación ciudadana, especialmente en caso de catástrofe y cuando lo requieran circunstancias extraordinarias.

3. SU ORDENAMIENTO JURÍDICO —APARTE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COLECTIVA— ¿PERMITE LA PARTICIPACIÓN COLECTIVA EN MISIONES DE FUERZAS MULTINACIONALES QUE NO DERIVEN DE UN MANDATO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD? EN CASO AFIRMATIVO, ¿EN QUÉ TIPO DE MISIONES?

Luis B. Alvarez Roldán  
*Coronel Auditor*

El Ordenamiento jurídico español, como ya se ha indicado en la cuestión anterior con carácter general, permite la participación en misiones de fuerzas multinacionales, pero queda condicionado, en todo caso, a los tratados internacionales ratificados por España y, por supuesto, a las limitaciones que derivan del uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas.

El artículo 93 de la Constitución permite, mediante la mayoría calificada de dos tercios, que las Cortes autoricen la celebración de Tratados que atribuyan a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

No parece que haya limitación en relación con las misiones a realizar y que puedan ser, por tanto, acordadas por el Gobierno, siempre que no se aparten del sistema establecido en la Carta de las Naciones Unidas, tal como se ha puesto de relieve al contestar al apartado 2.

4. ¿PERMITE SU ORDENAMIENTO JURÍDICO LA PARTICIPACIÓN EN ACCIONES MILITARES EN EL MARCO DE ACUERDOS REGIONALES O DE PETICIONES DE ÁMBITO REGIONAL SEGÚN EL CAPÍTULO VIII DE LA CARTA?

- a) En caso afirmativo, ¿a qué condiciones jurídicas deben responder los acuerdos o solicitudes regionales? ¿En qué medida debe su jurisdicción estar fijada por un tratado o acuerdo internacional?

- b) ¿Permitiría su Ordenamiento jurídico también la utilización de tales alianzas o de sus órganos para otras acciones, tales como las que tienen un fin humanitario u otros fines? En caso afirmativo, explíquelo, por favor.

Luis B. Alvarez Roldán  
*Coronel Auditor*

Congruentemente con la respuesta al número precedente, y en la esfera de los acuerdos regionales o de peticiones de ámbito regional según el Capítulo VIII de la Carta, la respuesta debe ser afirmativa.

- a) Conforme a la exposición ya efectuada, la legislación de nuestro país, las condiciones jurídicas son las expuestas en los apartados precedentes.

Si por Convenio Internacional, España se ha autolimitado sus facultades de actuación, internacional o internamente, ha de observar, respetar y dar efectividad a lo concertado en tales pactos internacionales.

En la ausencia de Convenio Internacional expreso y específico prima la decisión del Gobierno español, sin necesidad de que ultime un Convenio expreso a los fines concretos de su decisión.

- b) ¿Permitiría su Ordenamiento jurídico también la utilización de tales alianzas o de sus órganos para otras acciones, tales como las que tienen un fin humanitario u otros fines? En caso afirmativo, explíquelo, por favor.

La legislación española expuesta propicia una respuesta afirmativa.

Es trasladable, *mutatis mutandi*, a este punto lo expuesto en el punto 2. Evidentemente, el Gobierno podría acceder a cualquier acción humanitaria propuesta por una alianza en la que España se encuentra integrada o por cualquier otro organismo (por ejemplo), siempre sometida a la normativa internacional concernida.

5. ¿EN QUÉ MEDIDA PERMITE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE SU PAÍS LA INTEGRACIÓN DE FUERZAS NACIONALES EN LA ESTRUCTURA DE FUERZAS INTERNACIONALES? ¿EN QUÉ MEDIDA SE TOLERARÍA LA SUBORDINACIÓN DE FUERZAS NACIONALES A MANDOS DE UNA NACIONALIDAD EXTRANJERA?

Agustín Corrales Elizondo  
*Coronel Auditor*

En la legislación interna española, tanto la Ley Orgánica 6/1980, de 10 de julio, que regula los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar, como la Ley Orgánica 1/1984, de reforma de la Ley 6/1980, sólo genéricamente establecen las líneas maestras de elaboración, determinación y ejecución de la política militar, sin que de manera concreta se hayan contemplado las actuaciones de carácter internacional, al proyectarse fundamentalmente la normativa en relación al propio territorio. Ello traslada la regulación de estas misiones al ámbito de los tratados internacionales.

a) *¿Es posible la transferencia del mando a nacionales extranjeros?*

Desde el punto de vista orgánico de «integración» de las fuerzas internacionales debe entenderse que los criterios que se mantienen son similares a las definiciones OTAN. En este sentido, el mando es la autoridad militar que ostenta la responsabilidad de dar órdenes, tanto en el aspecto operativo, como en el administrativo y logístico. Este concepto de mando es estrictamente nacional. Por tanto, no se da en un mando aliado o en una alianza de fuerzas multinacionales.

En un segundo grado o nivel, nos encontramos con el denominado mando operativo. Este consiste en la autoridad atribuida a un mando para asignar misiones a mandos subordinados, para desplegar unidades, para retener o delegar el control operativo, sin que abarque la autoridad administrativa o logística.

En este punto sí podemos considerar que el sistema español admite la asunción de mando multinacional, siempre sin abarcar los aspectos logísticos y administrativos.

Sin embargo, en este punto, ha de preservarse la idea del denominado control operativo, entendiendo por tal que las misiones específicas aludidas, en las que se asume un mando multinacional, son limitadas en su naturaleza, en el espacio o en el tiempo y están previamente determinadas.

Un ejemplo sería la existencia de una Autoridad naval responsable en una zona geográfica determinada del control operativo de todas las fuerzas navales que le hayan sido asignadas, así como del control de movimiento y protección de todo el tráfico mercante que ha de vigilar el mando naval multinacional. La expresada misión es asumible que sea verificada por un mando multinacional, en el que se enmarcan las fuerzas nacionales españolas.

En este mismo orden se admite la denominada Autoridad de coordinación, que es el mando o persona que ha de coordinar las funciones o actividades que afecten a fuerzas de varios países o distinta naturaleza, pero sin capacidad para exigir el acuerdo entre las partes. Caso de desacuerdo ha de informar a la Autoridad que le ha designado como coordinador. Paralelamente, nos encontramos con el denominado mando funcional, definido como el que se ostenta para operaciones militares específicas o funciones no relacionadas con una zona geográfica particular, siendo responsable el mando superior multinacional.

Como resumen, podría decirse que en organización española se acepta el control operativo de los movimientos de sus fuerzas por un mando multinacional, control éste que se cede en régimen de reciprocidad.

Sin embargo, el mando operativo, que abarca los aspectos logísticos y administrativos, será siempre competencia nacional.

En este orden y con estas formulaciones se ha producido la integración de las Fuerzas Españolas en las Fuerzas de Protección de Naciones Unidas en la ex Yugoslavia (UNPROFOR), con 31 países implicados en su desarrollo y que, en la práctica, en la primera fase se partía de una estructura que contaba con un Cuartel General en Zagreb que coordinaba las actividades de las tropas que actuaban en las Zonas Protegidas. Posteriormente se estableció un segundo Cuartel General en Sarajevo y luego, posteriormente, según las vicisitudes de la contienda, los despliegues en Jablanica y Mostar, a donde se extendían las fuerzas españolas hasta Split. Pues bien, la estructura de mando ha estado a cargo de militares de distintas nacionalidades, a cargo de las misiones de la ONU.

Desde el punto de vista naval, en estas misiones España ha participado con sus buques en el Adriático, en cumplimiento de la decisión de originar el embargo impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU a Serbia y Montenegro, adoptada por los Ministros de Asuntos Exteriores de los nueve países miembros de la UEO el 10 de julio de 1992 en Helsinki y posteriormente, hasta la actualidad, en otras misiones coordinadas.

*b) ¿Es posible la transferencia del poder disciplinario a miembros de fuerzas extranjeras?*

La respuesta a esta pregunta ha de ser forzosamente negativa en el ámbito de nuestra legislación.

En efecto, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, es el de los militares profesionales y no profesionales en las situaciones de (art. 3) actividad y reserva, en cuanto a los profesionales, mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas, en el caso de los no profesionales, con régimen especial para la Guardia Civil, que es objeto de regulación en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio.

La facultad de sancionar por vía disciplinaria se atribuye a un Catálogo de Autoridades Disciplinarias, taxativamente numerado en el artículo 5.º y que, por consiguiente, no puede ser ampliado en ningún caso, como lo sería en el supuesto de admitir la potestad disciplinaria de Mandos de fuerzas multinacionales, en caso de que se produjese la incardinación de Fuerzas Armadas españolas en una fuerza multinacional.

Idénticamente, la sumisión y la regulación del régimen disciplinario será exclusivamente la prevista en las citadas disposiciones en cuanto a la tipificación de cada una de las faltas. Es decir, se precisará la legalidad de la infracción con escrupulosa aplicación del principio de legalidad, la tipicidad de la misma y la imposición de acuerdo con el procedimiento legal y por la Autoridad competente para la imposición.

*c) ¿Qué mecanismos de jurisdicción penal tiene previsto su Ordenamiento jurídico, respecto a los miembros civiles y militares de sus Fuerzas Armadas que participan en fuerzas multinacionales estacionadas en territorio extranjero?*

Con carácter general, el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, establece el principio denominado de la Ley de la Bandera, consistente en que los preceptos de la Ley se aplican a todos los hechos previstos en la misma, con independencia del lugar de comisión (art. 7 CPM).

Este principio tiene una excepción proclamada en el último inciso del propio precepto citado, cuando indica que la regla se aplicará «salvo lo establecido en Tratados y Convenios internacionales».

En relación a estos Tratados y Convenios, cabe señalar que el Estatuto de Fuerzas Armadas de la OTAN, hecho en Londres el 19 de junio de 1951, en su artículo VII establece normas sobre el ejercicio de la jurisdicción penal entre las partes contratantes. El citado Convenio solamente reconoce el ejercicio de la jurisdicción militar del Estado de origen y no otras jurisdicciones. Puede decirse, por tanto, que el criterio denomi-



nado de la Ley de Bandera tiene una aplicación notoriamente generalizada respecto del criterio de la territorialidad.

d) *¿Contiene su Ordenamiento jurídico algunos criterios, teniendo en cuenta el Derecho Internacional de la Guerra, relativo a sus nacionales que participen en una fuerza multinacional sobre territorio extranjero (por ejemplo, en el marco de una misión de mantenimiento de la paz)?*

Podría afirmarse que en el Estatuto Militar español, la normativa reguladora de su derecho punitivo y disciplinario contenido en el Código Penal Militar y en la Ley de Régimen Disciplinario acompaña a las Fuerzas Armadas, cuando se incardinan en una fuerza multinacional, por lo que en dichos ámbitos se aplica el principio de personalidad (o de bandera) y no el principio de territorialidad o de aplicación de la Ley Militar del Estado receptor en el que desarrollan las actividades de las fuerzas multinacionales.

Esto no quita que, lógicamente, este principio de territorialidad se aplique en la jurisdicción sobre delitos comunes cometidos en el territorio del Estado receptor. En este punto se aplican internacionalmente las normas aludidas, que se concretan en un conjunto de reglas en las que ya se tienen en cuenta los intereses afectados, de suerte que los delitos que afectan únicamente a la propiedad o seguridad del Estado de origen o a la persona o propiedad de otro miembro de la fuerza o elemento civil o persona dependiente de dicho Estado de origen, darían lugar a una determinación competencial de la jurisdicción del propio Estado de origen, mientras que el Estado receptor podrá ejercer su jurisdicción con carácter preferente cuando se trate de cualquier otro delito.

España, por su parte, tiene firmado el Convenio de Amistad, Defensa y Cooperación con los Estados Unidos, de 2 de julio de 1982, que ha sustituido a los Convenios hispano-norteamericanos de 26 de septiembre de 1953, Convenio aquel que contempla este problema aplicando dos principios, el de personalidad o de la Bandera, en lo referente a los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en cualquier lugar en que se encuentren, y en este caso España, pero concurriendo el principio de aplicación de la Ley Penal del Estado por los delitos que se cometan en su territorio.

Esta normativa internacional, constituida por el marco OTAN y el marco de los Convenios bilaterales, contienen, en realidad, los principios generales ante los problemas que son objeto de análisis.

Por otro lado, en lo referente a que se tenga en cuenta el Derecho Internacional de la Guerra, es sobradamente conocido que nuestro país

ostenta un Título II, dentro del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, la rúbrica «Delitos contra las leyes y usos de la guerra», que abarca los artículos 69 al 78, y que incluye las normas básicas sobre Derecho Humanitario bélico, de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus Protocolos adicionales, normativa ésta plenamente aplicable y en cierto modo pudiéramos decir doblemente aplicable como criterio de conducta en todo tipo de misiones con fuerzas multinacionales, y no nos referimos en este punto a la propia tipificación delictiva, habida cuenta de que parece ilógico imaginarse la comisión de este tipo de delitos cuando se están verificando y desarrollando misiones de paz, sino fundamentalmente a la conciencia de las Fuerzas Armadas españolas en la propagación de las normas sobre el Derecho de la Guerra y de su escrupuloso respeto.

Al margen de lo expuesto, es evidente que todo el Derecho Internacional Humanitario habrá de presidir la actividad de las fuerzas multinacionales.

6. *¿PERMITE VUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:*

*a) obligar a quienes prestan el servicio militar obligatorio a servir contra su voluntad en fuerzas multinacionales en el extranjero? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?*

Juan M. García Labajo  
*Teniente Coronel Auditor*

En efecto, nuestro Ordenamiento jurídico permite, sin ningún género de dudas, la participación, voluntaria o forzosa, de militares de reemplazo españoles en fuerzas multinacionales en el extranjero, pues así se deduce con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que prevé la participación de unidades militares españolas en misiones de colaboración para mantener la paz y seguridad internacionales y, sobre todo, en el artículo 27 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, que contempla expresamente el supuesto de la participación de aquella clase de militares en misiones exteriores, sea para el desarrollo de acciones militares propiamente dichas o en tareas de protección y ayuda humanitaria.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo segundo, de ese mismo artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Militar,

dicha participación tendrá carácter excepcional, debiendo además el Gobierno informar sobre ella al Congreso de los Diputados: «Cuando excepcionalmente unidades en las que estén destinados (los militares de reemplazo) sean asignadas a misiones con utilización exterior de la fuerza, el Gobierno informará al Congreso de los Diputados». Debe añadirse, por último, que en la práctica únicamente vienen utilizándose en el cumplimiento de tal tipo de misiones a los militares de reemplazo que voluntariamente lo acepten.

b) *¿Llamar a filas a los reservistas para dar cumplimiento a misiones internacionales?*

La reincorporación a filas de los reservistas del Servicio Militar está prevista, sin restricción ninguna en cuanto al tipo de misiones en que hayan de participar aquéllos, en el artículo 58 de la precitada Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, a cuyo tenor el Gobierno podrá ordenar la reincorporación a las Fuerzas Armadas de todo o parte del personal que se encuentre en la reserva del servicio militar, de acuerdo con la legislación reguladora de la movilización nacional, es decir, «para su empleo en las necesidades de la Defensa Nacional o cuando situaciones excepcionales lo exijan», en los términos del artículo 1.º de la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional.

Es de significar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica 13/1991, tan repetida, en la reserva del servicio militar permanecen los militares de reemplazo hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización del servicio militar. A este propósito previene el artículo 58.2 de la propia Ley que la reincorporación a las Fuerzas Armadas del personal perteneciente a reemplazos no comprendidos en la reserva del servicio militar requerirá una norma con rango de Ley.

7. EN CASO DE PARTICIPACIÓN EN UNA FUERZA MULTINACIONAL, ¿QUIÉN SERÁ EL RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS AL DERECHO DE LA GUERRA?

- ¿EL PAÍS QUE DIRIGE LA OPERACIÓN?
- ¿CADA UNO DE LOS PAÍSES PARTICIPANTES CON RESPECTO A SU PROPIA FUERZA?
- ¿ALGUNA AUTORIDAD?

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*General Auditor*

Cabe preguntarse si el Derecho Internacional Humanitario y, en general, las normas que integran el Derecho de los Conflictos Armados son de aplicación a las Fuerzas de las Naciones Unidas que participan en operaciones de mantenimiento de la paz. En principio, debemos destacar que ni tales fuerzas, ni los países que aportan elementos personales o materiales a los contingentes, ni mucho menos la Organización de las Naciones Unidas, son partes en el conflicto, por lo que difícilmente se les puede atribuir el estatuto de beligerancia. El artículo 2, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, establece que sus disposiciones se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre «dos o varias de las Altas Partes Contratantes», aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. A tal artículo 2 se remite el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra (art. 1.3). Las dificultades nacen de que, si no se hace una amplia interpretación de estos textos, las fuerzas de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz no son partes en los Convenios de Ginebra ni tampoco son partes en el conflicto armado.

Ahora bien, no se entendería que, en los supuestos de actuación de las Fuerzas de la ONU en legítima defensa, el contingente pudiera prescindir de la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario porque los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales deben ser respetados (y hecho respetar) por los Estados parte «en todas las circunstancias».

En todo caso es evidente el esfuerzo interpretativo de las Naciones Unidas que, en la práctica, se pronuncian por la aplicación analógica de los Convenios de Ginebra (y sus principios y espíritu) a la actuación de las fuerzas de emergencia de la ONU, en las operaciones de mantenimiento de la paz.

La ONU no es parte en los Convenios de Ginebra y carece de fuerzas propias, pero la obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario procede de los Estados que suministran contingentes, a los que deben *instruir previamente de sus deberes humanitarios*, son los responsables de las infracciones que puedan cometer sus soldados y deben reprimirlas. Por otra parte, hoy no puede afirmarse el desconocimiento de los Convenios de Ginebra por parte de las fuerzas de la ONU, habida cuenta que estos Convenios están ratificados por la inmensa mayoría de los países del mundo y tienen el consenso universal.

La obligación de respetar el Derecho de los Conflictos Armados por parte de las Fuerzas Armadas españolas se deriva de la ratificación por

España de los Convenios de Ginebra de 1949, Protocolos Adicionales de 1977 y demás instrumentos internacionales sobre la conducción de las hostilidades o protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

También el Derecho interno español contiene normas de conducta que obligan al respeto del Derecho de la Guerra y Derecho Internacional Humanitario, como los artículos 7, 136 al 142 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Desde la óptica de la protección penal, las infracciones graves al Derecho de los Conflictos Armados están castigados como delitos militares en los artículos 69 al 78 del Código Penal Militar.

Podemos concluir que en caso de participación en una fuerza multinacional, y sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades, cada uno de los países debe ser responsable del cumplimiento de las obligaciones relativas al Derecho de la Guerra (Derecho de los Conflictos Armados) con respecto a los integrantes de su propia fuerza.

8. DIFERENTES PAÍSES TIENEN OBLIGACIONES DISTINTAS EN MATERIA DE DERECHO DE LA GUERRA. ENTRE PAÍSES CON OBLIGACIONES SIMILARES, PUEDE QUE, A SU VEZ, EXISTAN INTERPRETACIONES DIFERENTES EN CUANTO AL TENOR DE DICHAS OBLIGACIONES O A LA CONCRETA MANERA EN QUE HAN DE SER CUMPLIDAS EN LA PRÁCTICA. ¿CÓMO DEBEN RESOLVERSE ESTAS DIVERGENCIAS ENTRE LOS PAÍSES PARTICIPANTES EN UNA FUERZA MULTILATERAL?

Fernando Pignatelli y Meca  
*Teniente Coronel Auditor*

En los supuestos de fuerzas multilaterales, integradas por elementos personales y materiales aportados voluntariamente por los Estados miembros de una Organización Internacional (bien sea la ONU o una Organización regional), los Estados participantes conservan la competencia disciplinaria y judicial penal exclusiva sobre el contingente nacional de fuerzas que cada uno aporta a la operación en que participa aquella fuerza multilateral.

La base legal que determina el marco normativo de las operaciones de mantenimiento de la paz en que participan fuerzas multilaterales es la legislación interna de los Estados que suministran aquellas Fuerzas Armadas, lo que está en perfecta consonancia con la Reglamentación Internacional de las Fuerzas de Emergencia de la ONU, que dispone que los miembros de los contingentes nacionales continuarán formando parte de las Fuerzas Armadas de su patria y seguirán sometidos a sus Reglamentos

militares. En conclusión, el principio general que preside la materia es que el régimen estatutario de los militares que integran las fuerzas nacionales que forman parte de una fuerza multilateral debe ser regulado por el Derecho interno del país que las aporta.

Los países que participan con sus contingentes en una fuerza multilateral y hayan ratificado los mismos Convenios integrantes del Derecho de los Conflictos Armados, tienen el deber, en primer lugar, de hacer que la actuación de sus fuerzas inspire en los principios y normas inscritos en tales Instrumentos, procurando que así se haga constar expresamente en el documento de participación que, en cada caso, se suscriba; en segundo lugar, deben armonizar, en orden a lograr aquella finalidad, la nomofilaxis de los preceptos de tales instrumentos, para lo cual pudieran llegar, a través de la analogía, a cohonestar las interpretaciones de los preceptos de éstos que eventualmente fueran diferentes en pro del logro de aquella finalidad. Se trataría de realizar una interpretación integradora.

Esto último sería también posible, aunque obviamente, el procedimiento para llevarlo a cabo sería más complicado, en el caso de que las divergencias de interpretación entre aquellos países procedieran o tuvieran su origen en las declaraciones interpretativas que, a la hora de ratificar los antedichos Instrumento, se hubieran formulado por algunos de ellos; en este caso, sería posible que, a la hora de redactar o convenir el Estatuto concreto a introducir en el Acuerdo o Instrumento de Participación de Naciones Unidas relativo a la fuerza en cuestión, se deje claro cual será la actuación conforme al Derecho Internacional Humanitario (haciendo, por ejemplo, una enumeración de los Tratados a que las fuerzas habrán de ajustar su actuación, así como de los principios inspiradores de aquellos Tratados), y, en concreto, y en relación con los específicos preceptos del mismo que, en su día hubieren sido objeto de declaraciones interpretativas por alguno o algunos de los Estados participantes, cual sea la hermeneusis concreta que haya de darse a tales preceptos, al objeto de propiciar que la misma a más de uniforme sea admisible para todos los Estados que proporcionen fuerza a Naciones Unidas o a la Organización regional de que se trate para integrar esa fuerza multilateral, para lo cual dicha hermeneusis habrá de cohonestar las declaraciones interpretativas que hubieren podido hacer algunos participantes en relación con algún concreto precepto con la interpretación gramatical y lógico-sistemática del mismo, que será a la que se sujeten los demás participantes.

En este sentido, conviene tener en cuenta que esta labor en pro de cohonestar interpretaciones distintas pudiera tener su fundamento en los

artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que determinan que los términos de un Tratado han de interpretarse, en principio, conforme a sus sentidos ordinario o corriente, no en abstracto ni aisladamente, sino en el contexto del Tratado, última precisión ésta, que permite al hermeneuta elegir, de entre las heteróclitas significaciones con que la práctica totalidad de cada uno de los términos que componen los Tratados en que se contienen las obligaciones propias del Derecho de la Guerra que afectan a cada uno de los Estados participantes en una fuerza multilateral puede entenderse, aquel sentido que, teniendo en cuenta el objeto y fin que el Tratado de que se trate persiga, así como las concretas declaraciones interpretativas de alguno o algunos de aquellos participantes, satisfaga mejor a aquéllos. Es decir, que la interpretación teleológica insita en la regla general del artículo 31.1 de la antedicha Convención de Viena de 1969, implica escoger (efecto útil de la operación interpretativa), entre las varias soluciones posibles, según los términos del Tratado en su contexto, y de tales declaraciones interpretativas, aquella que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin (que en este caso, no sería otro que lograr una interpretación idéntica o uniforme de las obligaciones que, en materia de Derecho de los Conflictos Armados, fijan aquellos Instrumentos a los participantes en una fuerza multilateral, siempre en orden a la mejor protección de las víctimas de la guerra) y no la solución ideal que otras o algunas partes no han tenido intención de consentir. Así, aun cuando, según esta regla, el resultado de la operación interpretativa no tiene porqué ser extensivo ni restrictivo, sino simplemente adecuado a los elementos utilizados en la operación, a menos que las parte establezcan una pauta al respecto, en lo que concierne a los Tratados de Derecho Humanitario es posible presumir que, atendiendo a su objeto y a que la intención de las partes en los mismos es liberalizar los términos empleados, la interpretación habrá de ser la precisa para posibilitar una actuación idéntica en relación con los preceptos que integran el Derecho Internacional Humanitario de todos los participantes en una fuerza multilateral.

9. ¿EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE SU PAÍS PERMITE QUE SE APLIQUEN REGLAS MULTINACIONALES UNIFORMES DE INTERVENCIÓN A LAS UNIDADES NACIONALES PROPIAS CUANDO PARTICIPEN EN UNA FUERZA MULTINACIONAL?

Juan M. García Labajo  
*Teniente Coronel Auditor*

Sí, siempre y cuando, caso de que el contenido de dichas reglas hubiese de resultar contrario a las normas legales del Derecho interno español, lo autoricen las Cortes Generales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución española, a cuyo tenor «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en los siguientes casos: ... b) Tratados o convenios de carácter militar... ; e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley (...)».

De otra parte, dichas reglas multinacionales uniformes de intervención no pueden suponer en ningún caso, salvo que previamente se revisase la Constitución Española con arreglo a lo dispuesto en su artículo 95.1, la sustracción de las personas de los militares españoles a su juez ordinario predeterminado por la Ley, Juez ordinario que lo serán a estos efectos los órganos judiciales militares en cuanto a los presuntos delitos militares cometidos por aquéllos —en cuanto a los delitos comunes, se estará a lo dispuesto en los Tratados, Acuerdos o Convenios internacionales respectivos—. En este sentido, el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar, prevé expresamente que cuando Fuerzas españolas salgan de suelo nacional en cumplimiento de una misión que se prevea duradera, serán acompañadas por los órganos judiciales militares que se estimen necesarios, en atención al número de tropas y a la previsible duración de la estancia fuera de España.

10. ¿TIENE SU PAÍS REGLAMENTACIONES ESPECIALES SOBRE EL ESTATUTO Y TRATAMIENTO DEL PERSONAL MILITAR QUE PARTICIPE EN EL CUMPLIMIENTO DE MISIONES INTERNACIONALES, EN CUANTO A LAS MATERIAS RELATIVAS A ASCENSOS, SUELDO, ALOJAMIENTO, RETIROS, SEGUROS U OTRAS VENTAJAS?

Antonio Mozo Seoane  
*Coronel Auditor*

La actuación de las Fuerzas Armadas españolas en el extranjero en cumplimiento de misiones internacionales ha dado lugar, en efecto, a que se hayan dictado regulaciones estableciendo un régimen especial para el personal que integra los contingentes desplazados.

Estas regulaciones, dictadas a distintos niveles político-administrativos o estrictamente militares, según las materias a que se refieran, comprenden desde la fijación de los objetivos de la misión concreta que se trata de desempeñar hasta normas de comportamiento en el desarrollo de aquélla,



pasando por la competencia y criterios de designación de los participantes, carácter del servicio, tiempos de permanencia, permisos, retribuciones, etc.

En cuanto a los conceptos aludidos en el cuestionario, las ventajas que se establecen en dichas regulaciones son de contenido fundamentalmente económico, concebidas —cabe suponer— no sólo como compensaciones por lo excepcional del cometido y su riesgo extraordinario, sino también como incentivo o estímulo a la participación, dado que el criterio prioritario de designación es el de la participación voluntaria, recurriéndose a la designación con carácter forzoso sólo en el caso de insuficiente número de voluntarios.

Así pues, la principal ventaja hace referencia al sueldo o retribución, que se ve significativamente incrementada a los participantes en las misiones internacionales. Aunque su alcance puede variar de un supuesto a otro —pues la materia se determina para cada misión, por normativas *ad hoc* una vez que el Gobierno nacional decide la participación— en términos generales comprende una indemnización cifrada en un porcentaje (generalmente alto, en torno al 80 por 100) de la dieta que el país de destino tiene asignada en las normas generales españolas sobre desplazamiento al extranjero («indemnización de residencia eventual»), así como una gratificación o complemento por «servicios especiales o productividad», según los casos, además, obviamente, del sueldo que por destino y empleo corresponde.

Por otra parte, la participación en misiones internacionales tiene la consideración de «acto de servicio» desde su inicio hasta su culminación, incluidos los desplazamientos hasta y desde el territorio de actividad (excluidos los permisos disfrutados en suelo nacional), a efectos de fijación de la correspondiente pensión por posibles fallecimientos ocurridos con motivo del desempeño de la misión.

En el caso de estancias que se prevén largas en razón del tipo de misión, suele establecerse también un régimen especial de permisos, si bien supeditado a la regulación que establezca la Autoridad Comisionada de Naciones Unidas. Tal régimen, bajo esta última limitación, incluye permisos periódicos con pasaporte oficial cada cierto tiempo y un permiso final proporcionado al tiempo de duración total de la operación, con un límite máximo.

En cuanto a otras ventajas (ascensos, retiros, etc.), la legislación española, hasta el momento, no contiene ningún tipo de previsión. En este orden de cuestiones, puede únicamente citarse la reciente creación del denominado «Distintivo de Mérito» por Operaciones de Mantenimiento de la

Paz (Orden Ministerial 86/1993, de 13 de septiembre), que se concede a los militares españoles que toman parte en dichas operaciones durante un período o períodos que totalicen como mínimo tres meses.

11. ¿EXISTE EN SU PAÍS ALGUNA ESTRUCTURA ESPECIAL ENCARGADA DE PREPARAR AL PERSONAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE MISIONES INTERNACIONALES?

José Fernando Jiménez Vara  
*Capitán Auditor*

No existe en las Fuerzas Armadas españolas, ninguna estructura especial encargada de preparar a su personal para el cumplimiento de dichas misiones, si por tal se entiende, un organismo, establecimiento o unidad que se encargue sola y exclusivamente de ejecutar dichas actuaciones. No obstante lo cual, en el sistema general de instrucción, preparación y enseñanza de las Fuerzas Armadas españolas se procede a través de los diferentes Centros de Enseñanza, Planes de Instrucción, así como maniobras de las diferentes unidades, a practicar e instruir a los miembros de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de estas misiones.

A pesar de lo anteriormente dicho, la Directiva de creación de las FAR (Fuerzas de Acción Rápida) contempla entre las misiones que correspondían a estas unidades de élite la del cumplimiento de las misiones de carácter multinacional, pero sin que por ello se menoscabe o se perjudique el cumplimiento de las misiones militares y de defensa que corresponden a dichas unidades.

Si se llegara a la creación por parte de las Naciones Unidas de las STAND-BY FORCES solicitadas por dicho Organismo Internacional para el año 1994, podría quizá llegarse a constituir unidades especiales para estas misiones en nuestros Ejércitos.

12. ¿EXISTEN LIMITACIONES DE TIPO JURÍDICO O DE OTRA NATURALEZA EN CUANTO A LA FORMACIÓN O EN CUANTO AL PERSONAL QUE PUEDA SER AFECTADO AL CUMPLIMIENTO DE MISIONES INTERNACIONALES?

José Fernando Jiménez Vara  
*Capitán Auditor*

No existe ninguna limitación de tipo jurídico o de otra naturaleza, si bien es «costumbre» que el personal que deba desempeñar las mismas deba ser necesariamente voluntario.

Ni siquiera está prevista limitación para el cumplimiento de estas misiones para los militares de reemplazo, por cuanto el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar prevé que «las tareas de ayuda humanitaria que puedan encomendarse a las Fuerzas Armadas tendrán consideración de actividades de carácter militar» y en consecuencia pueden ser encomendadas a los militares de esta condición. Un único obstáculo de carácter temporal podría desprenderse de la regulación que de las comisiones de servicio de carácter temporal preceptúa el artículo 80 de la Ley 17/1989 y la regulación reglamentaria que en su caso la desarrolle, por cuanto actualmente las comisiones de servicio del personal militar de carrera tienen un plazo máximo inicial de seis meses en virtud de Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 12 de enero de 1990.

13. ¿EN EL PRESUPUESTO DE SU PAÍS SE PREVÉN FONDOS DESTINADOS A LA PARTICIPACIONES EN MISIONES INTERNACIONALES? EN CASO AFIRMATIVO, ¿SE CONTEMPLAN EN EL PRESUPUESTO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EN OTRO DISTINTO?

Agustín Corrales Elizondo  
*Coronel Auditor*

En las sucesivas Leyes de Presupuestos existen normas relativas genéricamente a «Gastos Operativos en las Fuerzas Armadas», dentro del apartado de «Distribución de Programas», sin que se haga mención específica de fondos o créditos presupuestarios para las misiones especiales con fuerzas multinacionales.

La financiación puede desarrollarse en forma de créditos extraordinarios cuando éstos son programados conforme a las previsiones y necesidades que se presenten.

14. ¿QUÉ ACUERDOS TIENE CONCLUIDOS SU PAÍS CON LA ONU U OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN DE SUS FUERZAS ARMADAS EN EL CUMPLIMIENTO DE MISIONES INTERNACIONALES?

José Francisco Jiménez Vara  
*Capitán Auditor*

No existe ningún acuerdo de carácter general, pues las participaciones de las Fuerzas Armadas españolas en misiones internacionales se han hecho a petición de las Naciones Unidas, con arreglo a las condiciones que

tanto este Organismo como España acuerdan, pero sin que exista ningún convenio específico sobre la materia.

15. ¿LOS CAMBIOS POLÍTICOS MILITARES ALUDIDOS EN LA INTRODUCCIÓN HAN LLEVADO A ADOPTAR MEDIDAS CONDUCENTES A INCARDINAR A LAS FUERZAS ARMADAS EN UN ORDEN JURÍDICO DEMOCRÁTICO? EN CASO AFIRMATIVO, ¿EN QUÉ HAN CONSISTIDO TALES MEDIDAS?

Antonio Mozo Seoane  
*Coronel Auditor*

En España se produjo, a partir de 1975, un específico proceso de cambio político —conocido como «transición política»— encaminado a sustituir de manera pacífica y ordenada el anterior régimen autoritario por un sistema jurídico-político plenamente regido por principios democráticos.

Durante ese proceso se acometió la gradual adaptación de la estructura y organización militar a la nueva realidad política que habría de plasmarse jurídico-formalmente en la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Pues bien, la ordenación jurídica de las Fuerzas Armadas para su progresiva incardinación en el nuevo orden político —que, asimismo, se iba diseñando de una manera gradual, característica más destacable del modelo de transición española— presenta como medidas legislativas más importantes las siguientes:

— Real Decreto-Ley 11/1977, de 8 de febrero, crea la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM), a la que define como «el órgano superior de mando militar conjunto, bajo el mando supremo de su Majestad el Rey». Bajo la dependencia política directa del Presidente del Gobierno, la componen un Presidente, con empleo de Teniente General o Almirante, y los Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos.

— Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se crea el Ministerio de Defensa refundiendo los tres anteriores Ministerios militares (Ejército, Marina y Aire). El nuevo Ministerio fue estructurado orgánicamente por el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre; la característica más importante de la organización que en él se establece es la de distinguir entre los «órganos de la cadena de mando militar» y los «órganos político-administrativos».

— Ley 83/1978, de 28 de diciembre, regula las funciones de los órganos superiores del Estado en materia de Defensa Nacional. Esta importante norma, sólo un día posterior a la nueva Constitución Española de 27 de diciembre, contiene ya una regulación de los más altos órganos de dirección de la Defensa Nacional adaptada a la organización política del Estado democrático nacido de la Constitución, por lo que nos referimos a ella en el epígrafe siguiente, en relación con los cambios constitucionales.

— Ley 85/1978, de 28 de diciembre, aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Con esta Ley (como se observa, de la misma fecha que la anterior) puede decirse que se completa esta primera fase de la integración de lo militar en el recién restaurado orden democrático. La aportación más importante en este sentido de la presente norma es la regulación del «estatuto personal» del militar, con expreso reconocimiento de todos sus derechos fundamentales y constitucionales, aunque con ciertas limitaciones —permitidas por la propia Constitución— en algunos de ellos (sindicación, huelga, manifestación, peticiones colectivas).

16. ¿LOS CAMBIOS POLÍTICO MILITARES EN LAS FUERZAS ARMADAS DE SU PAÍS HAN CONDUCTIDO PREVISIBLEMENTE O HAN DE CONducIR A CAMBIOS?

Antonio Mozo Seoane  
*Coronel Auditor*

a) *En el Derecho constitucional y la legislación de excepción*

El proceso sucintamente descrito en el epígrafe anterior condujo, como está dicho, a una regulación de las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 plenamente adecuada a las exigencias de un Estado democrático de Derecho que la Ley fundamental española asume (art. 1.º) como principio básico, entre otros, de su organización.

Así, el artículo 8.º del texto constitucional señala como misión de las Fuerzas Armadas «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el Ordenamiento constitucional», remitiéndose a una Ley Orgánica que «regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución», a esta Ley de desarrollo constitucional se hará referencia más abajo.

Otro precepto que merece destacarse a los efectos que aquí interesa, es el contenido en el artículo 62.h) por el que se le confiere al Rey «el mando

supremo de las Fuerzas Armadas». Aunque esta atribución suscitó interpretaciones divergentes, es tesis ampliamente mayoritaria la de que se trata de una función simbólica, de una vinculación formal del Monarca con las Fuerzas Armadas —también existente, por lo demás, en otros sistemas monárquicos del constitucionalismo comparado—, pero sin contenido alguno de poder efectivo (lo que, en general, es predicable de la totalidad de las atribuciones del Rey), conforme al tradicional «principio de la monarquía parlamentaria» también recogido en la propia Constitución (art. 1.º.3).

Por fin, el artículo 97 atribuye al Gobierno la dirección de «la Administración civil y militar y la defensa del Estado», radicando, pues, en aquel órgano constitucional la función de liderazgo político y administrativo sobre la organización militar.

Todo este esquema encontró su desarrollo legal en la llamada Ley Orgánica de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, promulgada el 1 de julio de 1980 y sustancialmente modificada el 5 de enero de 1984, en ella, se regula en detalle la organización superior de la defensa nacional con las funciones del Rey, Cortes (o Parlamento), Gobierno, Presidente del Gobierno y Ministro de Defensa; se establece la estructura básica de las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire; se fijan los grandes criterios de la organización territorial militar, y se sientan las bases legales para la eventual contribución de todos los recursos de la nación a los fines de su defensa, entre las cuestiones más importantes.

En cuanto a la legislación de excepción, la Constitución española de 1978, en su artículo 116, recoge expresamente tres estados excepcionales: alarma, excepción y sitio, estableciendo la competencia para su respectiva declaración y formulando algunas garantías y principios jurídicos en relación con dichos estados (según el modelo conocido como «derecho de excepción limitado»), pero dejando su definición a la legislación de desarrollo a través de una Ley Orgánica a la que expresamente se remite.

Ese desarrollo se llevó a cabo por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, cuya regulación, bajo los principios constitucionales supuso, un cambio sustancial con respecto a la legislación precedente en la materia (Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público), particularmente una relación con el papel de las Fuerzas Armadas en tales situaciones de crisis.

En este sentido, la actuación de las Fuerzas Armadas aparece, a estos efectos, legalmente limitada a una de las situaciones excepcionales previstas: la de «estado de sitio», definida como el supuesto en que «se produzca

o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el Ordenamiento constitucional» (art. 32.1 de la Ley Orgánica 4/1981), esto es, precisamente el caso de ataque a los valores cuya defensa constituye la misión de las Fuerzas Armadas, según el precepto constitucional más arriba citado (art. 8.º). Conviene advertir aquí que en la legislación de excepción española no existe previsión alguna respecto al «estado de guerra», que en todo caso es distinto del estado de sitio.

Pues bien, declarado el estado de sitio «por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno» (art. 116.4 de la Constitución), este último «designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera» (art. 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981).

Así pues, la intervención de la Autoridad militar es legalmente obligada en esta situación, si bien bajo la dirección del Gobierno, que además asumirá todas las facultades extraordinarias previstas al efecto en la legislación. La autoridad militar aparece facultada para «publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias» (art. 34 de la Ley Orgánica 4/1981) para hacer frente a la situación, conservando las Autoridades civiles «las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar» (art. 36 ídem).

*b) En la legislación penal y disciplinaria militar, el sistema y la organización de la jurisdicción militar*

El Texto constitucional de 1978 imponía, asimismo, una revisión a fondo del sistema español de justicia militar, que en su aspecto sustantivo del Título VI, dedicado al Poder Judicial, contiene un precepto (art. 117) del siguiente tenor: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

Tras una primera adaptación, provisional y de urgencia de la jurisdicción militar a las exigencias del nuevo orden político y jurídico-constitucional llevada a cabo por la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, se abor-

daría una profunda modificación en esta materia, cuyas líneas generales se exponen seguidamente.

En orden cronológico, la primera medida legislativa adoptada fue la partición del ámbito sancionador militar, según la clásica distinción doctrinal entre «acción penal» y «acción disciplinaria», separándose en leyes distintas ambos aspectos, que en el Código citado de 1945 estaban formal y aun materialmente confundidos (siendo incluso discutible que en dicho Código existiese un verdadero ámbito disciplinario). Así nacieron las dos primeras grandes leyes de reforma: la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, que entraron en vigor simultáneamente el día 1 de junio de 1986.

Sobre esa base diferenciadora, el nuevo régimen disciplinario militar regula con detalle el catálogo de faltas —leves, graves y extraordinarias— y sanciones, conforme a los tradicionales principios de legalidad y tipicidad, así como los de culpabilidad e irretroactividad, acogiéndose también expresamente el de proporcionalidad; establece las oportunas reglas sobre competencia sancionadora, vinculada al ejercicio del mando, y, en fin, introduce las exigibles garantías procesales en orden al derecho de defensa y a la tutela judicial.

El Código Penal Militar, en esencia, se concibe como una «ley especial» respecto del Código Penal común; en aplicación de la cláusula constitucional —antes transcrita— del «ámbito puramente castrense», sólo tipifica delitos militares por razón de su objeto, es decir, conductas que atenten contra los fines y medios de los Ejércitos; cada tipo delictivo figura regulado para tiempo de paz y para tiempo de guerra, como características más destacables de su regulación.

Por lo que se refiere a la nueva organización judicial militar, ésta se plasmó en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que supuso un radical cambio en el modelo tradicional español de justicia militar. Sus principios inspiradores sustanciales pueden esquematizarse del siguiente modo:

— Unidad con la jurisdicción ordinaria: en cumplimiento del principio constitucional de «unidad jurisdiccional», la jurisdicción militar se articula en el Poder Judicial único del Estado a través de una Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, su naturaleza de «jurisdicción especial» se manifiesta en



la existencia de órganos judiciales específicos (Tribunales y Juzgados Militares) separados de los ordinarios o comunes en los niveles inferiores de la organización.

— Separación de mando y jurisdicción: se atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido su ejercicio.

— Jurisdicción militar única y permanente: desaparecen las distintas jurisdicciones de cada uno de los ejércitos y se constituye una única jurisdicción, formada por Juzgados y Tribunales permanentes, cuya distribución territorial, de acuerdo con criterios de despliegue, actual o previsto, de las fuerzas militares, se estableció por la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar.

— Relativa profesionalización de los órganos judiciales: la misma composición de los nuevos Tribunales militares, aunque mixta (sistema de «escabinado»), cuenta con predominio de juristas militares, miembros del Cuerpo Jurídico Militar, que además ocupan en exclusiva los órganos unipersonales (Juzgados Togados).

Finalmente, la reforma culminó con la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en la que el procedimiento ordinario se configura como acusatorio y esencialmente oral en aras de una mayor agilidad y eficacia, pero sin menoscabo de las garantías del justiciable; en este orden se respeta siempre la posibilidad de recurso ante un Tribunal superior.

*c) El papel de los asesores jurídicos de las Fuerzas Armadas y de su formación, conforme al espíritu de los resultados del Seminario organizado en Bruselas del 3 al 5 de noviembre de 1992*

El asesoramiento jurídico en las Fuerzas Armadas españolas se presta por miembros del Cuerpo Jurídico Militar, único y común para todas las Fuerzas Armadas, cuyos componentes se seleccionan entre licenciados en Derecho procedentes de la Universidad por medio de un concurso-oposición a través de la que se ingresa en dicho Cuerpo, adquiriendo estatuto y empleo militares.

Los Oficiales Auditores, con empleo desde Teniente Auditor a General de División (Consejero Togado), desempeñan indistintamente fun-

ciones judiciales, en los Juzgados y Tribunales Militares, y asesoran en los diversos servicios y organismos del Ministerio de Defensa y de los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos, así como ante los principales Mandos militares (Jefes de Región, Zona militar, naval o aérea).

La función de asesoramiento alcanza a todos los asuntos del servicio con implicaciones jurídicas: peticiones y reclamaciones del personal, recursos, expedientes disciplinarios, elaboración de normas o disposiciones generales, etc., siendo el informe jurídico unas veces preceptivo y otras —la mayoría— facultativo para la autoridad que debe adoptar la resolución.

En cuanto a la formación, obtenido el ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar y antes de obtener el primer empleo en propiedad, los aspirantes reciben un curso de formación militar en alguna academia de uno de los tres Ejércitos y un curso de formación jurídica en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, donde se imparten enseñanzas de Derecho Penal y Procesal Militar, Derecho Disciplinario, Derecho Administrativo, Derecho Internacional, etc.

Asimismo están legalmente establecidos y, por tanto, son obligatorios cursos de aptitud o capacitación para los ascensos a Oficial Superior (Comandante) y General Auditor.

17. ¿PRESTA SU PAÍS ASISTENCIA A OTRAS NACIONES PARA LA FORMACIÓN DE SUS FUERZAS ARMADAS EN LAS MATERIAS RELATIVAS A LOS CAMPOS TÉCNICO Y OPERATIVO, DE MANDO, DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO O DE LA DEMOCRATIZACIÓN? EN CASO AFIRMATIVO, SÍRVASE ESPECIFICAR:

- a) De qué manera.
- b) Los eventuales cambios fundamentales en dicha asistencia, consecuencia del cambio a escala mundial del contexto político militar.
- c) Las bases jurídicas o de otra naturaleza, tanto nacionales como internacionales, de este cambio en la asistencia.

Luis B. Alvarez Roldán  
Coronel Auditor

a) *España presta asistencia a otras naciones para la formación de sus Fuerzas Armadas.*

Con carácter general, las Escuelas de Estado Mayor de los tres Ejércitos reciben como alumnos en nuestros cursos de Estado Mayor a los Jefes

y Oficiales de cualquier Ejército extranjero, especialmente europeos, hispanoamericanos y árabes norteafricanos, sin excluir a otros.

En Academias y Escuelas Militares generales y específicas ocurre igualmente.

Tal asistencia es recíproca, asimismo Jefes y Oficiales españoles acuden a cursos de Ejércitos extranjeros.

En materias técnicas y operativas de mando y de Derecho Internacional Humanitario tal labor de formación es absoluta.

En la materia apuntada como campo de «democratización» no existe programación específica.

Tal asistencia en la formación se extiende al apoyo sanitario y jurídico.

*b) Los eventuales cambios fundamentales en dicha asistencia, consecuencia del cambio a escala mundial del contexto político militar.*

No existen, ni posiblemente existirán, cambios fundamentales en dicha asistencia, salvo el previsible aumento de concurrencia a cursos en España de Jefes y Oficiales del antiguo Pacto de Varsovia, y asistentes españoles a los cursos de aquellos Ejércitos nacionales excepcionalmente ya realizados.

*c) Las bases jurídicas o de otra naturaleza, tanto nacionales como internacionales, de este cambio en la asistencia.*

Hoy y siempre el mayor o menor intercambio de «alumnos» —numéricamente— dependerá de factores económicos, observancia de principios de igualdad, no discriminación y reciprocidad.

En el último escalón de decisión privará el principio de «interés y eficacia» en cada supuesto concreto de intercambio formativo.

18. ¿LOS CAMBIOS POLÍTICO-MILITARES HAN CONDUCIDO A LA REVISIÓN DE LAS INSTRUCCIONES Y DE LOS MANUALES MILITARES DE CARÁCTER JURÍDICO?

Eduardo Montull Lavilla  
*General Consejero Togado*

Dado que «los cambios político-militares» a que se alude, deben entenderse en el seno del «equilibrio internacional de poderes» a que se refiere

la Introducción al Cuestionario, la contestación debe ser negativa, toda vez que, sobre no haberse dictado al respecto, por el Gobierno español, «Instrucciones» de carácter general, sino únicamente las Directivas de defensa con carácter específico para cada una de las Operaciones de Mantenimiento de Paz en que, últimamente, han venido participando las Fuerzas Armadas españolas, el concepto de «Manual militar de carácter jurídico», en el sentido de los sistemas jurídicos anglosajones, de los que, sin duda, ha sido extraído, no conoce una institución homóloga en el Derecho español, no pudiéndose referir a las disposiciones legales ni, de otro lado, a los manuales de enseñanza de las Academias Militares.

19. ¿HA ENCONTRADO SU PAÍS PROBLEMAS PARTICULARES EN EL DESPLIEGUE DE FUERZAS EN LAS MISIONES DEL TIPO ENUMERADO EN LAS PREGUNTAS 2 Y 4?

Fernando Mayandía Fernández  
*Teniente Coronel Auditor*

La respuesta a la cuestión planteada en el formulario va a ceñirse al despliegue de fuerzas españolas que participan en misión humanitaria en la antigua Yugoslavia, donde con toda seguridad se han dado situaciones y ha habido que resolver problemas que podrían considerarse no específicos de esta misión ni tan siquiera exclusivos del contingente español, sino comunes a otras misiones y a otros integrantes de fuerzas de Cascos Azules.

Al tratar el despliegue, también hay que distinguir los problemas netamente militares y logísticos de aquellos otros de carácter jurídico. Así, podemos decir que al contingente español integrado en el Cuartel General de UNPROFOR, en Bosnia-Herzegovina, no le resultó fácil, en un principio, encontrar lugares idóneos para desarrollar la misión que tenía encomendada, no tanto por lo específica de ésta o por las necesidades logísticas, como por la falta de acuerdo de las partes en conflicto para permitir el despliegue de la Fuerza Española. A este respecto, y sin abundar más en el tema, cabe señalar que el grueso del contingente español llegó a zona de operaciones el día 8 de noviembre de 1992 y que el despliegue definitivo en todos los destacamentos que lo componen no se completó hasta febrero de 1993.

Desde el punto de vista jurídico hay que resaltar las dificultades derivadas de una intervención internacional encuadrada en una operación de Cascos Azules y que en el tiempo al que nos estamos refiriendo (noviembre 92-febrero 93) no era financiada por Naciones Unidas, lo que hacía que

determinadas materias tuvieran la consideración de problema nacional que debía ser resuelto por cada una de las naciones con unidades militares en la zona.

De estos problemas vamos a hacer referencia al que posiblemente tuvo una manifestación más inmediata y permanente, y que con toda seguridad se plantea en cualquier operación de este tipo que se desarrolle en un Estado que mantenga su organización. Este problema no es otro que el de los daños derivados del uso y circulación de los vehículos, que en este caso vino agravado, en un principio, por las necesidades de realizar largos desplazamientos para el cumplimiento de la misión, ya que los problemas en el despliegue que se han referido anteriormente obligaron a establecerse lejos de la Zona de responsabilidad, utilizando vehículos tácticos, que siempre presentan mayores problemas para desenvolverse entre un tráfico normal y en unas condiciones climáticas duras que hicieron que la nieve y el hielo estuvieran presentes frecuentemente. El hecho de que se consideraran las responsabilidades derivadas del uso y circulación de vehículos como tema de responsabilidad nacional implicó que cada contingente tuviera que asumir las indemnizaciones por los daños causados.

En el caso del Batallón Español se consiguió que el Consorcio de Compensación de Seguros, a través de una Compañía croata, con delegación en Bosnia, se hiciera cargo de estas indemnizaciones dentro de los límites del seguro obligatorio. Sin embargo, hasta que no se llegó a un acuerdo con la citada Compañía que permitió elaborar una documentación que se facilitó a los conductores de los vehículos, se pudo apreciar una gran desconfianza por parte de la Policía, especialmente croata, y de las autoridades locales, incluso judiciales, acerca del pago de estas responsabilidades, llegándose a dar el caso de ser sometido a juicio un conductor español que había sufrido un accidente en acto de servicio, pese a la teórica exención de jurisdicción de que gozan las Fuerzas de Naciones Unidas en el desempeño de su misión.

Esto hizo que, además de elaborar el correspondiente informe al Cuartel General de Naciones Unidas, se considerara aconsejable mantener una serie de entrevistas con las distintas autoridades locales de la Zona de responsabilidad española, especialmente con las judiciales, con las que el Asesor Jurídico del Batallón español mantuvo una serie de reuniones.

En estas entrevistas se puso de manifiesto el gran problema que suponía que en aquel momento aún no se hubiera firmado entre Naciones Unidas y los Gobiernos de Croacia y Bosnia un convenio que reconociera a las Fuer-

zas de las Naciones Unidas un régimen de inmunidades y privilegios que facilitara el cumplimiento de su misión. Sin embargo, aunque el mencionado convenio no estuviera firmado, sí existía un proyecto del mismo, que las autoridades judiciales se comprometieron a respetar, pero sin ofrecer más garantías para ello que un compromiso verbal.

Por todo ello, cabe preguntarse el porqué no se otorga a las Fuerzas de Cascos Azules un estatuto internacionalmente admitido, del que gozarían de forma permanente, haciendo innecesaria la firma de convenios particulares en cada misión, para lo cual, a la vista de las experiencias habidas, podría servir el modelo elaborado por el Secretario General por encargo de la Asamblea General acordado en la Resolución 44/1949, de 9 de diciembre de 1989.

## II. Garantizar la paz por medio de observadores militares de control y verificación

1. ¿QUÉ ACUERDOS INTERNACIONALES HA SUSCRITO O RATIFICADO SU PAÍS EN MATERIA DE VERIFICACIÓN DE CONFORMIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES? ¿HA ACEPTADO SU PAÍS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN LA MATERIA BAJO LA FORMA DE DECLARACIONES UNILATERALES, COMPROMISOS POLÍTICOS U OTROS?

Javier Aparicio Gallego  
*General Consejero Togado*

Juan Gonzalo Martínez Mico  
*Coronel Auditor*

CFE. DOCUMENTO VIENA 1992. RESOLUCIÓN 47/521L-CFE-LA.  
TRANSFERENCIA EN MATERIA DE ARMAMENTO

### *Documentos que gobiernan las OMP's*

Con independencia de la legislación propia de cada país, la fuente generadora de obligaciones y derechos hay que buscarla en los documentos básicos de las Naciones Unidas para este tipo de operaciones; entre ellas se encuentran:

*La Carta de las Naciones Unidas:* Es el marco legal para la constitución y empleo de las FMP's y misiones de observadores.

*El mandato:* Es la expresión escrita, normalmente breve, de la Resolución del Consejo de Seguridad.

En el caso concreto de las OMPs, contiene normalmente la aprobación del Plan SG para la OMP de que se trate. Normalmente esta redactado en términos muy generales.

*Los términos de referencia (TOR):* Los TOR's amplían el mandato y expresan con más detalle los cometidos y composición de las FMP/OM, así como las relaciones del Jefe de las mismas con los Jefes de las unidades y de los continentes nacionales, según el caso. Vienen a ser las directivas del SG al Jefe de la misión; los apartados que normalmente contienen los TOR's son los siguientes:

- Mando.
- Finalidad de la operación y cometido.
- Composición y misión de la FMP/OM.
- Armamento (en su caso).
- Libertad de movimientos y otras condiciones.
- Duración del mandato.

*El acuerdo sobre el Estatuto de la Fuerza (SOFA):* La legalidad de una FMP/OM tiene que ser garantizada mediante un instrumento legal. Este es conocido como Acuerdo sobre el Estatuto de la Fuerza y es firmado por la Nación o Naciones implicadas en las Naciones Unidas.

*Acuerdos de participación:* Regulan las condiciones en que los contingentes de cada nación son puestos a disposición de las Naciones Unidas.

*Reglas sobre las OMP's:* Proporcionan las directrices en asuntos administrativos como son:

- Directivas administrativas y económicas.
- Derechos y obligaciones del personal de la ONU.
- Las relaciones entre los Gobiernos de los Estados participantes y de las Naciones Unidas.

*Convención de Ginebra sobre la Cruz Roja:* Derechos del OM, en relación con el país objeto de la misión.

Vienen determinados en los siguientes documentos:

La Carta de las Naciones Unidas (art. 105) y la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas (art. VI).

De hecho, existe inmunidad de jurisdicción penal a favor de los «expertos que formen parte de las misiones de las Naciones Unidas», incluyéndose en este concepto a los OM's. Por lo tanto, según el citado artículo 105 de la Corte gozarán, en el territorio de los Estados objeto de la Misión, de

los privilegios e inmunidades necesarias para desempeñar con independencia sus funciones durante el período estipulado, inclusive el tiempo necesario para realizar los viajes relacionados con las mismas.

En especial gozarán de:

— Inmunidad contra arresto, detención y embargo de equipaje personal.

— Inmunidad contra toda acción judicial al respecto a palabras habladas o escritas y a sus actos en el cumplimiento de su misión. Esta inmunidad continuará aunque las personas interesadas hayan cesado en la Misión.

— Inviolabilidad de todo papel o documento.

— En lo que respecta a moneda o regulaciones de cambio, las mismas facilidades que se dispensan a los representantes de Gobiernos extranjeros en misiones oficiales de carácter temporal.

— Las mismas inmunidades y facilidades con respecto a su equipaje personal que los que se dispensan a los enviados diplomáticos.

Esta lista, que no puede considerarse exhaustiva ni cerrada, se encuentra recogida en el artículo VI; sin embargo, debe tenerse presente que «estas prerrogativas e inmunidades se conceden a los OM's en beneficio de las Naciones Unidas y no en provecho de los propios individuos. El SG (Secretario General) tendrá el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad de cualquier experto en cualquier caso que, a su juicio, esta inmunidad impida el curso de la justicia, y puede renunciarse a ella sin que se perjudiquen los intereses de las Naciones Unidas.

Acuerdos en relación con la condición de las Fuerzas en el país objeto de la misión (SOFA).

Son acuerdos establecidos por el SG y el Estado/Estados o partes en los cuales se determinan aspectos más específicos referentes a las responsabilidades civiles, fiscales, régimen de libertades, circulación, etc.

2. ¿HA PROMULGADO SU PAÍS LEYES O ADOPTADO OTRAS MEDIDAS INTERNAS ENCAMINADAS A CONFORMARSE A SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y A FACILITAR RATIFICACIONES INTERNACIONALES?

La Constitución no trata específicamente estos temas, aunque su Preámbulo y el artículo 97 podrían indicar un cierto camino en la dirección a seguir.



Si bien estas alusiones son poco claras y se pueden mover en el terreno de las interpretaciones, no ocurre lo mismo con el Ordenamiento positivo de rango inferior, que es mucho más explícito.

La Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las FAS, en su artículo 191 prevé la posibilidad de que militares españoles puedan estar bajo mandos multinacionales, dando reglas de comportamiento en el caso de que este suceda.

— La Ley Reguladora del Régimen de Personal Miliar (art. 72) es más concreta, expresando taxativamente que la participación del militar de carrera en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales tendrá la consideración de destino, y señalando a continuación que en las plantillas orgánicas de los ejércitos se determinará la asignación de estos destinos de una forma individualizada o indistinta a los distintos Ejércitos.

— Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar, en el que, como no podía ser menos, en su artículo 21, apartado *e*), se reconoce como servicio activo del militar cuando éste participe en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales.

— La Instrucción Comunicada 85/1989, de 30 de noviembre, del Subsecretario de Defensa, por la que le dan normas para el Régimen General y Retribuciones del Personal participante en las OMP's de las Naciones Unidas.

— La Instrucción de Organización 90/02 del EMAD relativa a la organización y desarrollo del sistema de verificación en las FAS.

— Normas operativas generales del EMAD para el funcionamiento del sistema de verificación en el seno de las FAS.

— Normas operativas particulares de los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos.

### 3. ¿HA TOMADO SU PAÍS MEDIDAS PARA EL CONTROL DE DESARROLLO DE ARMAS, DE ACUERDO CON EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA?

España se adhirió a la mencionada Resolución 47/1952, I, en el sentido de comprometerse a cumplimentar un formulario con la información relativa a importaciones y exportaciones realizadas, así como otro formulario relativo a adquisiciones nacionales durante un ciclo anual.

Una de las resoluciones más importantes aprobadas en la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1991 fue la 43/1936, L, que estableció implantar un Registro de armas convencionales en el seno de la Organización.

Recientemente, en la Asamblea General de 15 de diciembre de 1992, se aprobó la Resolución 47/1952, L, titulada «Transparencia en materia de armamentos», por la que los países de comprometen a informar sobre sus importaciones y exportaciones relativas a siete sistemas de armas convencionales (carros de combate, vehículos blindados, artillería de gran calibre, aviones de combate, helicópteros de ataque, naves de guerra, misiles y lanzamisiles).

Otros intercambios de información derivados del Protocolo sobre notificación e intercambio de información del CFE/CEE-LA y Documento Viena 1992.

4. ¿EXISTEN REGLAMENTACIONES NACIONALES O INTERNACIONALES REFERENTES AL ESTATUTO DE LOS EQUIPOS DE INSPECCIÓN PARA SU PAÍS? ¿Y PARA OTROS PAÍSES QUE OPEREN EN SU PAÍS?

#### *Tratado CFE*

Los Estados Parte se registrarán por el Protocolo de Inspección por el que se acordarán los procedimientos y demás disposiciones que registrarán la realización de inspecciones según lo dispuesto en artículo XIV del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 19 de noviembre de 1990.

#### *Documento Viena 1992*

Las inspecciones y verificación de acuerdo con el Capítulo VIII, «Cumplimiento y verificación», del Documento Viena 1992.

5. ¿EXISTEN RESTRICCIONES, GEOGRÁFICAS O DE HECHO, QUE AFECTEN A LA EJECUCIÓN DE VERIFICACIONES EN SU PAÍS? EN CASO AFIRMATIVO, PRECISE SU NATURALEZA Y BASE LEGAL

#### *TRATADO CFE*

La zona de aplicación del Tratado abarca en España la totalidad del territorio nacional, excepto Ceuta y Melilla.

#### *Documento Viena 1992*

Se llevarán a cabo dentro de la zona de aplicación de las MFCS, excepto en áreas o puntos sensibles cuyo acceso esté normalmente prohibido

o limitado a instalaciones militares y otras de defensa, así como a buques de guerra, vehículos militares y aeronaves; el número y extensión de las áreas restringidas deberá ser lo más limitado posible. Las áreas en las que puedan tener lugar actividades militares notificables no serán declaradas áreas restringidas, excepto en el caso de determinadas instalaciones militares permanentes o temporales, que en términos de extensión territorial deberán ser lo más pequeñas posibles y, por consiguiente, esas áreas no se utilizarán para impedir la inspección de actividades militares notificables.

6. ¿EXISTEN PUNTOS PARTICULARES PARA UNA VERIFICACIÓN EXTRANJERA EN SU PAÍS? EN CASO AFIRMATIVO, PRECISE SU NATURALEZA Y BASE LEGAL

Los relacionados y definidos en Protocolo de Inspección del Tratado CEE, y que son:

- Lugar de inspección.
- Objeto de verificación.
- Lugar de reducción para armamentos.
- Lugar de almacenamiento militar.
- Lugar declarado.
- Area especificada.
- Punto sensible.
- Punto entrada/salida.

7. ¿EXISTEN REGLAMENTOS ESPECIALES, NACIONALES O INTERNACIONALES DE INSPECCIÓN AÉREA, TERRESTRE O MARÍTIMA?

#### *Tratado CFE*

Para las inspecciones se utiliza lo que dispone el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 19 de noviembre de 1990 (Protocolo de Inspección), la Instrucción de Organización 90/02 de JEMAD, de las Normas (NOG) Operativas Generales del EMAD y de los Cuarteles Generales y la (NOP) de las Autoridades de Distrito.

En el caso de las inspecciones marítimas que pueden afectar a la Armada, sólo serán las Inspecciones por Desconfianza en Areas Específicas.

### *Documento Viena 1992*

La observación de determinadas actividades militares se hará de acuerdo con el Capítulo V del Documento, «Observación de determinadas actividades militares», y la verificación de acuerdo con el Capítulo VIII, «Cumplimiento y verificación del mismo».

8. ¿CUÁLES SON LOS PROCEDIMIENTOS PUESTOS EN PRÁCTICA EN SU PAÍS QUE, EN EL CUADRO DE VERIFICACIÓN, PERMITEN ANUNCIAR O DAR CONOCIMIENTO DE MOVIMIENTOS MILITARES EXTRANJEROS MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS NACIONALES?

### *Documentos CFE*

Los que fija el Protocolo sobre Notificación e Intercambio de Información en lo relativo a información sobre estructura de las Fuerzas de Tierra y Aire y de las Fuerzas de Aviación de Defensa aérea de cada Estado Parte.

Información acerca de las existencias totales para cada categoría de armamentos y equipos convencionales limitados por el Tratado.

Información acerca de la localización y cantidades de carros de combate, vehículos acorazados de combate, artillería, aviación de combate y helicópteros de ataque que se encuentran en la Zona de aplicación, pero no en servicio de las fuerzas armadas convencionales.

Información sobre objetos de verificación y lugares declarados.

Calendario para el suministro de información en relación con todo lo anterior los días 15 de diciembre de cada año.

### *Documento Viena 1992*

En el Capítulo primero de este Documento se fija que se informará a todos los demás participantes, siguiendo un formato convenido, no más tarde del 15 de diciembre de cada año sobre sus fuerzas militares relativas a:

- Organización militar.
- Efectivos.
- Sistemas principales de armas y material en la zona de aplicación de las medidas destinadas a formentar la confianza y la seguridad (MFCS).

Este intercambio anual de información debe incluir también:

- Datos relativos a los sistemas principales de armas y material.
- Información sobre los planes de despliegue de sistemas principales de armas y material.
- Información sobre presupuestos militares.

9. ¿CUÁLES SON LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES O INTERNACIONALES EXISTENTES O EN PROYECTO PARA EL CASO DE QUE APRECIARAN EN SU PAÍS DISCORDANCIAS ENTRE LA SITUACIÓN ACTUAL Y LAS OBLIGACIONES LEGALES EN MATERIA DE VERIFICACIÓN?

#### *Tratado CFE*

Lo que fija el artículo XVI del Tratado y que se abordarán en Grupo consultivo conjunto creado para, entre otros, resolver las ambigüedades y diferencias de interpretación que puedan aparecer en la forma de aplicarse el Tratado y considerar los asuntos litigiosos suscitados por su aplicación.

10. ¿CUÁLES SON LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES O INTERNACIONALES EXISTENTES O EN PROYECTO A SEGUIR ANTE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES, LAS INSTITUCIONES PROCEDENTES DE LOS TRATADOS O DE OTROS ESTADOS CUANDO LOS OBSERVADORES DE SU PAÍS DETECTAN VIOLACIONES VERIFICABLES COMETIDAS POR FUERZAS ARMADAS EXTRANJERAS?

#### *Tratado CFE*

De acuerdo con el artículo XVI del Tratado, es en el marco del Grupo consultivo donde los Estados Parte deberán abordar las cuestiones relativas al cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado a su posible circunvención.

#### *Documento Viena 1992*

La evaluación de la información proporcionada por los Estados participantes se hará de acuerdo con el apartado «Evaluación del Documento Viena 1992», y cada Estado visitante preparará un Informe de su visita, que se comunicará sin demora a todos los Estados participantes.

Cada Estado participante estará facultado para obtener la oportuna aclaración de cualquier otro Estado participante acerca de la aplicación de las medidas destinadas a fomentar la confianza y seguridad que se hayan adoptado.

Las comunicaciones relativas al cumplimiento y verificación se transmitirán preferentemente por la red de comunicaciones MFCS.

Los Estados participantes celebrarán cada año en el Centro de Prevención de Conflictos una reunión para discutir la aplicación presente y futura de las MFCS acordada, y en esta reunión la discusión puede abarcar, entre otros, el funcionamiento de las medidas acordadas.

11. ¿TIENE SU PAÍS ALGUNA EXPERIENCIA EN MATERIA DE REGULACIÓN DE CONFLICTOS RELATIVOS A LA VERIFICACIÓN, Y EN CASO AFIRMATIVO, QUÉ EXPERIENCIA? ¿TIENE USTED SUGERENCIAS QUE HACER PARA SU MEJORA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO O PRÁCTICO?

La experiencia que se va adquiriendo en la participación de España en las inspecciones activas y pasivas tras la aprobación del Tratado y la creación de una Unidad de Verificación en el EMAD.

El sistema de verificación en España basa su organización y desarrollo en la Instrucción de Organización 90/02 del JEMAD. Y la Unidad de Verificación Española activa creada al efecto bajo la directa dependencia del JEMAD y los motivos para su creación y dependencia directa fueron los siguientes:

- La carga, continuidad y múltiples facetas que implica el trabajo a desarrollar que afectó y afecta a los tres Ejércitos.
- La diversidad geográfica de su aplicación.
- Su especialización, que requiere y requerirá una preparación inicial y un continuo perfeccionamiento de la formación.
- El estudio y perfeccionamiento de idiomas.
- La necesidad de lograr la máxima rentabilidad en términos coste-eficacia.

Sería conveniente y prudente dejar pasar algún tiempo en orden a efectuar sugerencias tanto prácticas como jurídicas.

12. ¿EXISTEN REGLAS Y REGLAMENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE VERIFICACIÓN RELATIVA A LAS FUERZAS ARMADAS EXTRANJERAS QUE OPERAN EN EL INTERIOR DE SU JURISDICCIÓN TERRITORIAL?

### *Tratado CFE*

El Protocolo de Inspección establece los procedimientos y disposiciones para la realización de las inspecciones, tanto activas como Pasivas.

Existen cuatro tipo de inspecciones:

- Inspección de un lugar declarado.
- Inspección por deficiencia de un área especificada.
- Inspección de certificación.
- Inspección de las reducciones.

Cada Cuartel General tiene las normas operativas generales (NOG) del EMAD y las normas operativas particulares (NOPs) de las regiones y zonas, las normas operativas particulares para el caso de recibir una inspección así como se dispone de la Instrucción de Organización 90/02 relativa a la Organización y Desarrollo del Sistema de Verificación en las FAS y las (NOG's) Normas Operativas Generales para el funcionamiento del Sistema de Verificación en el seno de las FAS.

#### *Documento Viena 1992*

El Capítulo VIII, «Cumplimiento y verificación», establece la forma de llevar a cabo las inspecciones, ya que cada Estado participante tiene derecho a llevarlas a cabo en el territorio de cualquier otro Estado participante dentro de la zona de aplicación de las MFCS.

13. ¿EXISTEN INSTRUMENTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LA VERIFICACIÓN EFECTUADA EN COORDINACIÓN O EN COOPERACIÓN CON OTRAS FUERZAS ARMADAS AMIGAS?

#### *Tratado CFE*

Los equipos inspectores y los equipos de escolta pueden estar formados por miembros pertenecientes a diversos Estados Parte y se registrarán por el Protocolo de Inspección del Tratado FACE.

14. ¿PONE SU PAÍS A DISPOSICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS O DE OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES EXPERTOS MILITARES O CIVILES A FIN DE CUMPLIR TAREAS DE VERIFICACIÓN? EN CASO AFIRMATIVO ¿CUÁL HA SIDO LA LECCIÓN DE ESTA EXPERIENCIA EN RELACIÓN CON LOS ASPECTOS LEGALES DEL EMPLEO DE TALES EXPERTOS?

#### *Tratado CFE*

Tras la entrada en vigor del Tratado sobre limitación de Fuerzas Armadas-Convencionales en Europa (FACE), España está obligada a recibir un

determinado número de inspecciones (inspecciones pasivas) y a llevar a cabo en los Países Signatarios no Aliados (PSNA) inspecciones activas.

Estas tareas que impone la verificación han obligado a crear, por una parte, una unidad interejércitos denominada Unidad de Verificación Española (UVE), que proporciona los Equipos de Inspectores (EI) para las inspecciones activas y los Equipos de Escoltas (EE) para las inspecciones pasivas, y, por otra parte, a constituir Células de Verificación (CV) en EMBAD, DIGENPOL y en cada uno de los tres Ejércitos y Mandos Regionales y de zona de los tres Ejércitos.

#### *Documento Viena 1992*

Se fijó que el Estado inspector podrá invitar a otros Estados participantes a tener parte en una inspección.

Al frente del equipo de inspección habrá una nacional del Estado inspector, Estado que tendrá en el equipo, por lo menos, tantos inspectores como cualquiera de los Estados invitados.

Se concederán a los inspectores y, si procede, al personal auxiliar durante su misión los privilegios e inmunidades acordados para los agentes diplomáticos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Los países tendrán que poner inspectores para estas tareas de verificación.



**NACIONES UNIDAS**  
**ASAMBLEA GENERAL A/45/594**  
**9 DE OCTUBRE DE 1994**

**Cuadragésimo quinto período de sesiones**  
**Tema 76 del programa**

**EXAMEN AMPLIO DE TODA LA CUESTION**  
**DE LAS FUERZAS PARA LAS OPERACIONES**  
**DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ**

**Modelo de acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas**  
**para las operaciones de mantenimiento de la paz**

**INFORME DEL SECRETARIO GENERAL**

1. En el párrafo 11 de su Resolución 44/1949.XLV, de 8 de diciembre de 1989, la Asamblea General pidió al Secretario general que preparase un modelo de acuerdo entre las Naciones Unidas y los países receptores «sobre la condición jurídica de las Fuerzas» y que pusiese dicho modelo a disposición de los Estados Miembros. Sobre la base de la práctica establecida y tomando como guía en gran medida a diversos acuerdos vigentes actualmente o en el pasado, la Secretaría ha preparado el modelo de acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas que se anexa al presente informe. La finalidad del modelo es servir de base para la redacción de los distintos acuerdos que se concierten entre las Naciones Unidas y los países en cuyos territorios se despliegan operaciones de mantenimiento de la paz. Habida cuenta de ese carácter, está sujeto a las modificaciones que en cada caso se convengan entre las partes.

2. El modelo adjunto también servirá de base, *mutatis mutandis*, para un acuerdo con un país receptor en operaciones en que no se despliegue personal militar de las Naciones Unidas.

## A N E X O

### Proyecto de modelo de acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas entre las Naciones Unidas y los países receptores (1)

#### I. DEFINICIONES

1. A los efectos del presente Acuerdo se aplicarán las definiciones siguientes (2).

#### II. APLICACIÓN DEL PRESENTE ACUERDO

2. Salvo que se disponga específicamente lo contrario, las disposiciones del presente Acuerdo y cualesquiera obligaciones contraídas por el [Gobierno] (3) o cualesquiera prerrogativas, inmunidades, facilidades o concesiones otorgadas a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o a cualquier miembro de ésta se aplicarán exclusivamente en [la zona de operaciones/el territorio].

#### III. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

3. La Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 se aplicará a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, a reserva de las disposiciones que se especifiquen en el presente Acuerdo (4).

---

(1) Este título corresponde a la terminología empleada en el párrafo 11 de la Resolución 44/49 de la Asamblea General de 8 de diciembre de 1989. Si bien se ha utilizado para fines de trabajo, el carácter preciso de cada acuerdo variará, desde luego, según el tipo de operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas de que se trate.

(2) En esta sección figurarán las definiciones de los términos principales que se utilicen en el Acuerdo, tales como:

«Por «estado participante» se entiende un Estado que aporte personal a los componentes militar o civil de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas».

«Por «Convención» se entiende la Convención sobre Privilegios o Inmunidades de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946».

(3) El término Gobierno, tal como se emplea en el presente Acuerdo, se definirá como el Gobierno del país receptor o la administración que tenga autoridad *de facto* sobre el territorio o la zona de operaciones en cuestión.

(4) Por regla general, las prerrogativas e inmunidades fundamentales de una opera-

4. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, sus bienes, fondos y haberes, así como sus miembros, incluido el Representante Especial/Comandante, gozarán de las prerrogativas e inmunidades especificadas en el presente Acuerdo, así como de las que se estipulan en la Convención, en la cual es parte [el país receptor] (5).

5. El artículo II de la Convención, que se aplicará a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, se aplicará también a los bienes, fondos y haberes de los Estados participantes utilizados en relación con la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

#### IV. ESTATUTO DE LA OPERACIÓN DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

6. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y sus miembros se abstendrán de todo acto o actividad que sea incompatible con el carácter imparcial e internacional de sus funciones o con el espíritu de las presentes disposiciones. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y sus miembros respetarán todas las leyes y reglamentos locales. El Representante Especial/Comandante adoptará todas las medidas apropiadas para asegurar la observancia de esas obligaciones.

7. El Gobierno se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

#### *Bandera de las Naciones Unidas e identificación de los vehículos*

8. El Gobierno reconoce el derecho de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas de enarbolar dentro del territorio [territorio/país receptor] la bandera de las Naciones Unidas en su cuartel general, campamentos y otros locales, vehículos y embarcacio-

---

ción de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas consistirán en las disposiciones emergentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 13 de febrero de 1946. Sin embargo, si bien la Convención está en vigor con respecto a 124 Estados miembros, hay varios Estados que no son partes en ella, y asimismo puede haber operaciones de las Naciones Unidas que entrañan relaciones con entidades que no sean Estados. Así pues, en tales casos, el propio Acuerdo sobre la condición jurídica deberá disponer específicamente que se aplique la Convención.

(5) Esta disposición se utilizará cuando el país receptor sea parte en la Convención.

nes, y en cualquier otra forma que decida el Representante Especial/Comandante. Sólo en casos excepcionales podrán enarbolarse otras banderas o gallardetes. En tales casos la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas considerará con ánimo favorable las observaciones o solicitudes que formule el Gobierno del [país receptor].

9. Los vehículos, embarcaciones y aeronaves de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas exhibirán una identificación distintiva de las Naciones Unidas, que se notificará al Gobierno.

### *Comunicaciones*

10. En lo que respecta a las comunicaciones, la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas gozará de las facilidades previstas en el artículo III de la Convención y utilizará dichas facilidades en coordinación con el Gobierno en la forma que requiera el cumplimiento de su tarea. Las cuestiones no previstas específicamente en el presente Anexo que surjan con respecto a las comunicaciones se resolverán de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención.

11. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 10:

a) La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estará facultada para instalar y utilizar estaciones emisoras y receptoras de radiocomunicaciones, así como sistemas de satélites para conectar puntos adecuados dentro del territorio del [territorio/país receptor] entre sí y con oficinas de las Naciones Unidas en otros países y para intercambiar tráfico con la red mundial de telecomunicaciones de las Naciones Unidas. Los servicios de telecomunicaciones se utilizarán de conformidad con el Convenio y el Reglamento internacionales de telecomunicaciones, y las frecuencias en las que puedan funcionar dichas estaciones se decidirán en cooperación con el Gobierno, y las Naciones Unidas las pondrán en conocimiento de la Junta Internacional de Registro de Frecuencias.

b) La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas disfrutará, dentro del territorio del [territorio/país receptor] del derecho ilimitado de comunicarse por radio (inclusive las radiocomunicaciones por satélite, equipo móvil y equipo manual), teléfono, telégrafo, facsímil o por cualquier otro medio, y de establecer las instalaciones ne-

cesarias para mantener tales comunicaciones en el interior de los terrenos y locales de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, y entre ellos, incluso, el tendido de cables y líneas terrestres y el establecimiento de estaciones emisoras, receptoras y repetidoras fijas y móviles. Las frecuencias en que opere la radio se determinarán en cooperación con el Gobierno. Queda entendido que las conexiones con el sistema local de telégrafo, télex y teléfono sólo se podrán establecer previa consulta y de conformidad con arreglos acordados con el Gobierno, quedando entendido además que el costo de la utilización del sistema local de telégrafo, télex y teléfono se regirá por la tarifa más favorable.

c) La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas podrá adoptar medidas para organizar con sus propios servicios la clasificación y el transporte de la correspondencia privada dirigida a los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o enviada por ellos. La naturaleza de esas medidas se comunicará al Gobierno, que no pondrá ningún obstáculo ni censurará en forma alguna la correspondencia de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o de sus miembros. En caso de que las disposiciones postales aplicables a la correspondencia privada de los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas se extendieran a operaciones de transferencia de fondos o a la expedición de paquetes y encomiendas, las condiciones en que se efectuarán esas operaciones serán objeto de acuerdo con el Gobierno.

### *Viajes y transporte*

12. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y sus miembros, así como sus vehículos, embarcaciones, aeronaves y equipo, gozarán de libertad de circulación dentro del [territorio/país receptor]. El ejercicio de esa libertad con respecto a los movimientos importantes de personal, material o vehículos a través de aeropuertos, ferrocarriles o carreteras utilizados para la circulación general dentro del [territorio/país receptor] se coordinará con el Gobierno. El *Gobierno se compromete* a suministrar a la operación de mantenimiento de la paz de las *Naciones Unidas, siempre que sea necesario, mapas y otra información*, incluso las ubicaciones de campos minados y otros peligros e impedimentos que pueda ser útil para facilitar sus movimientos.

13. Los vehículos, inclusive todos los vehículos militares, embarcaciones y aeronaves de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estarán exentos de los requisitos de matriculación y licencia del Gobierno, a condición de que todos estos vehículos estén cubiertos por la póliza de seguros contra terceros que exija la legislación pertinente.

14. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas podrá utilizar carreteras, puentes, canales y otras vías de navegación, instalaciones portuarias y aeródromos sin pago de derechos, peaje o gravámenes, incluidos derechos de muelle. Sin embargo, la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas no reclamará la exención de los derechos que realmente constituyan el pago de servicios prestados.

#### *Prerrogativas e inmunidades de la Operación de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas*

15. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, en su carácter de órgano subsidiario de las Naciones Unidas, gozará de la condición jurídica, las prerrogativas y las inmunidades de las Naciones Unidas [en la forma estipulada en el presente Acuerdo] (6) [de conformidad con la Convención] (7). Lo dispuesto en el artículo II de la Convención, que se aplica a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, se aplicará también a los bienes, fondos y haberes de los Estados participantes utilizados en el [territorio/país receptor] en relación con los contingentes nacionales que presten servicios en la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, tal como se estipula en el párrafo 5 del presente Acuerdo. El Gobierno reconoce el derecho de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, en particular a:

a) Importar, francos de derechos u otras restricciones, equipo, provisiones, suministros y otros bienes que sean para uso exclusivo y oficial de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o para su reventa en los economatos a que se hace referencia a continuación.

b) Establecer, mantener y administrar economatos en su cuartel general, en sus campamentos y en sus puestos, en beneficio de los

---

(6) En caso de que la otra parte no sea parte en la Convención.

(7) En caso de que la otra parte sea parte en la Convención.

miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, pero no del personal contratado localmente. Dichos economatos podrán proporcionar bienes de consumo y otros artículos que se especifiquen con anticipación. El Representante Especial/Comandante adoptará todas las medidas necesarias para evitar el uso abusivo de dichos economatos, así como la venta o reventa de esos bienes a personas que no sean miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, y considerará con ánimo favorable las observaciones o solicitudes del Gobierno relativas al funcionamiento de los economatos.

c) Despachar de aduanas y depósitos aduaneros, francos de derechos u otras restricciones, equipo, provisiones, suministros y otros bienes que sean para uso exclusivo y oficial de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o para su reventa en los economatos mencionados.

d) Reexportar o disponer en otra forma de dicho equipo, en la medida en que todavía sea utilizable, así como de todas las provisiones, suministros y otros bienes no consumidos que se hayan importado o despachado de aduanas y de depósitos aduaneros y que no sean transferidos o entregados de alguna otra manera, en los términos y condiciones que se acuerde, a las autoridades locales competentes del [territorio/país receptor] o a una entidad designada por ellas.

Con objeto de que esa importación, despacho, transferencia o exportación pueda efectuarse con la menor demora posible, la operación de mantenimiento de la paz y el Gobierno acordarán un procedimiento mutuamente satisfactorio que abarque también la documentación.

#### V. LOCALES Y SERVICIOS PARA LA OPERACIÓN DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS

*Locales necesarios para realizar las actividades operacionales y administrativas de la Operación de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas y para alojar a los miembros de la Operación de Mantenimiento de la Paz*

16. El Gobierno del [país receptor] suministrará, sin costo alguno para la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y en acuerdo con el Representante Especial/Comandante, locales para

cuartel general, campamentos u otros inmuebles necesarios para realizar las actividades operacionales y administrativas de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y para el alojamiento de los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Sin perjuicio del mantenimiento del carácter de territorio del [país receptor] de dichos locales, éstos serán inviolables y estarán sujetos al control y la autoridad exclusivos de las Naciones Unidas. Cuando haya tropas de las Naciones Unidas instaladas conjuntamente con personal militar del país receptor, se garantizará el acceso permanente, directo e inmediato de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas a dichos locales.

17. El Gobierno se compromete a ayudar a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, en la medida de lo posible, a obtener y mantener a su disposición, cuando sea aplicable, el suministro de agua, electricidad y otros servicios en forma gratuita, o cuando ello no sea posible a la tarifa más favorable; y en caso de interrupción o amenaza de interrupción de un servicio, a conceder a las necesidades de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, en la medida de lo posible, la misma prioridad que a los servicios esenciales del Gobierno. Cuando dichos servicios no se suministren gratuitamente, la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas hará los pagos correspondientes en la forma que se convenga con la autoridad competente. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas será responsable del mantenimiento y de la conservación de los servicios que se proporcionen.

18. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas tendrá derecho, en caso necesario, a generar dentro de sus locales electricidad para su uso y a transmitir y distribuir esa electricidad.

19. Sólo las Naciones Unidas podrán dar consentimiento para la entrada en dichos locales de funcionarios del Gobierno o de cualquier otra persona que no sea miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

#### *Provisiones, suministros y servicios y disposiciones sanitarias*

20. El Gobierno se compromete a ayudar a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, en la medida de lo posible, a obtener de proveedores locales el equipo, las provisiones, los suministros y los demás bienes y servicios que necesite para su subsis-



tencia y sus operaciones. Al efectuar compras en el mercado local, la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, sobre la base de las observaciones que formule y la información que suministre el Gobierno a ese respecto, evitará todo efecto perjudicial para la economía local. El Gobierno eximirá a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas del impuesto general sobre las ventas con respecto a todas las compras oficiales locales.

21. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y el Gobierno cooperarán en lo tocante a los servicios sanitarios y se prestarán mutuamente la máxima cooperación en materias relativas a la salud, en particular para la lucha contra las enfermedades transmisibles, de conformidad con los Convenios internacionales.

#### *Contratación de personal local*

22. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas podrá contratar localmente al personal que necesite. El Gobierno se compromete, previa petición del Representante Especial/Comandante, a facilitar la contratación de personal local calificado por la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y a acelerar el proceso de dicha contratación.

#### *Moneda*

23. El Gobierno se compromete a poner a disposición de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, contra reembolso en una moneda mutuamente aceptable, la moneda [local] necesaria para su utilización por la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, inclusive para la paga de sus miembros, al tipo de cambio más favorable para la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

### VI. ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LA OPERACIÓN DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS

#### *Prerrogativas e inmunidades*

24. El Representante Especial, el Comandante del componente militar de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones

Unidas, el jefe de Policía civil de las Naciones Unidas y los demás miembros de categoría superior del personal del Representante Especial/Comandante que se convengan con el Gobierno tendrán el estatuto que se determina en las secciones 19 y 27 de la Convención, quedando entendido que las prerrogativas e inmunidades mencionadas en dichas secciones serán las que otorga el derecho [nacional e internacional] a los enviados diplomáticos.

25. Los funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas asignados al componente civil para prestar servicios en la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas seguirán siendo funcionarios de las Naciones Unidas con derecho a las prerrogativas e inmunidades mencionadas en los artículos V y VII de la Convención.

26. Los observadores militares, los miembros de la Policía civil de las Naciones Unidas y el personal civil que no sean funcionarios de las Naciones Unidas, cuyos nombres notifique a ese efecto al Gobierno el Representante Especial/Comandante, serán considerados expertos en misión en el sentido del artículo VI de la Convención.

27. El personal militar de los contingentes nacionales asignados al componente militar de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas tendrá las prerrogativas e inmunidades que específicamente les otorgue el presente Acuerdo.

28. A menos que se disponga específicamente lo contrario en el presente Acuerdo, los miembros contratados localmente de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas gozarán de las inmunidades relativas a los actos oficiales y de las exenciones de tributación y de las obligaciones de servicio nacional estipuladas en los incisos a), b) y c) de la sección 18 de la Convención.

29. Los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estarán exentos de tributos sobre el sueldo y los emolumentos que reciban de las Naciones Unidas o de un Estado participante, así como respecto de cualquier ingreso que reciban de fuera del [territorio/país receptor]. Estarán asimismo exentos de todos los demás impuestos directos, excepto las tasas municipales que graven los servicios recibidos, y de todo derecho y gasto de registro.

30. Los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas tendrán derecho a importar, francos de derechos, sus efectos personales cuando lleguen al [territorio/país receptor]. Estarán sujetos a las leyes y reglamentos del [territorio/país receptor] relativos a aduanas y divisas por lo que respecta a los bienes personales

que no necesitan por razón de su presencia en el [territorio/país receptor] al servicio de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. El Gobierno otorgará facilidades especiales para el trámite rápido de las formalidades de entrada y salida para todos los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluido el componente militar, previa notificación por escrito. No obstante la reglamentación sobre divisas antes mencionada, los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas podrán, a su partida del [territorio/país receptor], llevar consigo las sumas que el Representante Especial/Comandante certifique que han recibido por concepto de sueldo y emolumentos de las Naciones Unidas o de un Estado participante y que constituyen un saldo razonable de esos fondos. Se tomarán medidas especiales para la aplicación de las presentes disposiciones en beneficio mutuo del Gobierno y de los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

31. El Representante Especial/Comandante cooperará con el Gobierno y prestará toda la asistencia que pueda para asegurar el respeto de las leyes y reglamentos aduaneros y fiscales del [territorio/país receptor] por los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, de conformidad con el presente Acuerdo.

#### *Entrada, residencia y salida*

32. El Representante Especial/Comandante y los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas tendrán, siempre que así lo requiera el Representante Especial/Comandante, el derecho a entrar en el [territorio/país receptor], a residir en él y a salir del mismo.

33. El Gobierno del [territorio/país receptor] se compromete a facilitar la entrada en el [territorio/país receptor] y la salida de él del Representante Especial/Comandante y de los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, y se le mantendrá informado de dicho movimiento. Con tal fin, el Representante Especial/Comandante y los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estarán exentos de las reglamentaciones sobre pasaporte y visado, así como de la inspección y las restricciones en materia de inmigración para entrar al [territorio/país receptor] o salir de él. Asimismo estarán

exentos de todas las disposiciones que rijan la residencia de extranjeros en el [territorio/país receptor], incluso las relativas a registro, pero no se considerará que adquieren derecho a residencia permanente en el [territorio/país receptor].

34. A los efectos de entrada o salida, sólo se exigirá a los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas que tengan: *a)* una orden de movimiento individual o colectivo expedida por el Representante Especial/Comandante o por una autoridad competente de un Estado participante, o a nombre de aquél o de ésta, y *b)* una tarjeta de identidad personal expedida de conformidad con el párrafo 35 del presente Acuerdo, con la salvedad de que, en el caso de entrada por vez primera, se aceptará la tarjeta de identidad personal expedida por las autoridades competentes de un Estado participante en lugar de la referida tarjeta de identidad.

### *Identificación*

35. El Representante Especial/Comandante expedirá a cada miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, antes de su primera entrada en el [territorio/país receptor] o a la brevedad después de dicha entrada, así como a todo el personal contratado localmente, una tarjeta de identidad numerada, que exhiba el nombre y apellido del interesado, su fecha de nacimiento, su título o graduación, su arma (cuando corresponda) y su fotografía. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 34 del presente Acuerdo, esa tarjeta de identidad será el único documento exigible a un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

36. Los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, así como el personal contratado localmente, estarán obligados a presentar, pero no a entregar, sus tarjetas de identidad [de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas] a requerimiento de un funcionario competente del Gobierno.

### *Uniforme y armas*

37. Los miembros militares y de la Policía civil de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas usarán, en el ejercicio de sus funciones oficiales, el uniforme militar o de policía nacional de

sus respectivos Estados con equipo normal de las Naciones Unidas. Los agentes de seguridad y funcionarios del servicio móvil de las Naciones Unidas podrán usar el uniforme de las Naciones Unidas. En otros momentos, el Representante Especial/Comandante podrá autorizar a los mencionados miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y los agentes de seguridad de las Naciones Unidas designados por el Representante Especial/Comandante podrán poseer y portar armas mientras estén en servicio de conformidad con las órdenes que se les hayan dado.

### *Permisos y licencias*

38. El Gobierno conviene en aceptar como válidos, sin impuestos ni gravámenes, los permisos o licencias que expida el Representante Especial/Comandante para que miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluido el personal contratado localmente, opere un equipo de transporte o comunicaciones [de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas] o ejerza cualquier profesión u ocupación en relación con el funcionamiento de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, con la salvedad de que no se expedirá licencia alguna para conducir un vehículo o pilotar una aeronave a personas que no sean ya titulares de una licencia apropiada y válida al respecto.

39. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 37, el Gobierno conviene además en aceptar como válidos, sin impuestos ni gravámenes, los permisos o licencias que expida el Representante Especial/Comandante a miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas para portar o utilizar armas de fuego o municiones en relación con el funcionamiento de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

### *Policía militar, detención y remisión de inculpados y asistencia mutua*

40. El Representante Especial/Comandante tomará todas las medidas conducentes a asegurar el mantenimiento de la disciplina y el orden entre los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, así como del personal contratado localmente.

Con este fin, personal designado por el Representante Especial/Comandante vigilará las instalaciones de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y las zonas en que estén desplegados sus miembros. En otros lugares, dicho personal se utilizará tan sólo de conformidad con disposiciones acordadas con el Gobierno y en enlace con éste, en la medida en que esa utilización sea necesaria para mantener la disciplina y el orden entre los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

41. La Policía militar de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estará facultada para arrestar a miembros militares de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. El personal militar arrestado fuera de las zonas de su propio contingente será remitido al Comandante de su contingente para las medidas disciplinarias que correspondan. El personal mencionado en el párrafo 40 también podrá detener a cualquier persona en los locales de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Dicha persona será entregada inmediatamente al funcionario competente más próximo del Gobierno a fin de que se tomen medidas respecto de cualquier delito o perturbación en dichos terrenos o locales.

42. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 24 y 26, las autoridades del Gobierno podrán detener a cualquier miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas:

a) A petición del Representante Especial/Comandante.

b) Cuando dicho miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas sea aprehendido en el momento en que comete o intenta cometer un delito. Dicha persona será entregada inmediatamente, junto con las armas u otros objetos que se hayan incautado, al representante competente más próximo de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, aplicándose luego, *mutatis mutandis*, las disposiciones del párrafo 47.

43. Cuando se detenga a una persona en virtud del párrafo 41 o del apartado b) del párrafo 42, la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o el Gobierno, según sea el caso, podrá proceder a una interrogación preliminar, pero no deberá retardar la remisión del inculpado. Después de dicha remisión la persona interesada podrá ser puesta, si así se solicita, a disposición de la autoridad que haya practicado la detención para tomarle nuevas declaraciones.

44. La operación de mantenimiento de la paz de las Naciones

Unidas y el Gobierno se ayudarán mutuamente para llevar a cabo las investigaciones necesarias concernientes a las infracciones que interesen a una u otra parte, o a ambas, para la presentación de testigos y para la reunión y la presentación de pruebas, incluso la incautación y, si cabe, la entrega de objetos relacionados con un delito. La entrega de esos objetos podrá estar condicionada a su restitución en el plazo que determine la autoridad que los entrega. Cada una de las autoridades notificará a la otra de la disposición recaída en todo asunto cuyo desenlace pueda interesar a esa autoridad o que haya dado lugar a la remisión de inculcados conforme a lo dispuesto en los párrafos 41 a 43.

45. El Gobierno asegurará el enjuiciamiento de las personas que dependen de su jurisdicción penal y a quienes se acuse de haber cometido, respecto de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o de sus miembros, actos que si se hubiesen cometido respecto de las fuerzas del Gobierno habrían determinado que correspondiera su enjuiciamiento.

### *Jurisdicción*

46. Todos los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluido el personal contratado localmente, tendrán inmunidad penal respecto de sus manifestaciones orales o escritas y de todos los actos que realicen en su calidad oficial. Esa inmunidad continuará incluso después de que hayan dejado de ser miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o de estar empleados por ella y después de la expiración de las demás disposiciones del presente Acuerdo.

47. En el caso de que el Gobierno estime que algún miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas ha cometido un delito, deberá informar de ello sin demora al Representante Especial/Comandante y presentarle las pruebas de que disponga. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 24;

a) Si la persona inculpada es un miembro del componente civil o un miembro civil del componente militar, el Representante Especial/Comandante practicará las diligencias suplementarias que sean necesarias y luego acordará con el Gobierno si debe iniciar o no un procedimiento penal. De no existir ese acuerdo, la cuestión se resolverá en la forma estipulada en el párrafo 53 del presente Acuerdo.

b) Los miembros militares del componente militar de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de sus respectivos Estados participantes en lo referente a todo delito que hayan cometido en el [territorio/país receptor].

48. El Secretario General de las Naciones Unidas obtendrá de los Gobiernos de los Estados participantes las seguridades de que estarán dispuestos a ejercer su jurisdicción con respecto a los delitos o infracciones que cometan los miembros de sus contingentes nacionales que prestan servicios en la operación de mantenimiento de la paz (8).

49. Si se entabla una acción civil contra un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas ante un tribunal del [territorio/país receptor], se notificará inmediatamente al Representante Especial/Comandante, y éste certificará al tribunal si el asunto guarda o no relación con las funciones oficiales de dicho miembro:

a) Si el Representante Especial/Comandante certifica que la acción guarda relación con las funciones oficiales, se clausurarán las actuaciones y se aplicarán las disposiciones del párrafo 51 del presente Acuerdo.

b) Si el Representante Especial/Comandante certifica que la acción no está relacionada con las funciones oficiales, las actuaciones podrán proseguir. Si el Representante Especial/Comandante certifica que debido a sus funciones oficiales o a una ausencia autorizada un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas no puede defender sus intereses en la acción, el tribunal, a petición del interesado, suspenderá las actuaciones hasta que desaparezca la imposibilidad, pero por un plazo no mayor de noventa días. Los bienes de un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas no podrán ser embargados en virtud de una sentencia, decisión u orden si el Representante Especial/Comandante certifica que el interesado los necesita para el cumplimiento de sus funciones oficiales. La libertad individual de un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Nacio-

---

(8) La presente disposición se ha insertado en el modelo de acuerdo a fin de abarcar todas las cuestiones referentes a esta sección. Cuando se concierte un acuerdo concreto, la disposición en cuestión podrá insertarse, en lugar de en el acuerdo, en el memorando de entendimiento en que habitualmente se hacen otras aclaraciones sobre los términos de un acuerdo.



nes Unidas no podrá ser objeto de restricción alguna en un procedimiento civil, ya sea para hacer cumplir una sentencia, decisión u orden, para obligara formular una declaración bajo juramento o para cualquier otra finalidad.

### *Miembros fallecidos*

50. El Representante Especial/Comandante tendrá derecho a encargarse y decidir el destino de los restos de un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas que fallezca en el [territorio/país receptor], así como de los efectos personales de dicho miembro existentes en el [territorio/país receptor], de conformidad con los procedimientos de las Naciones Unidas.

## VII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

51. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 53, toda controversia o reclamación propia del derecho privado en la que sea parte la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o cualquier miembro de ella y respecto de la cual no tengan jurisdicción los tribunales del [territorio/país receptor] debido a alguna disposición del presente Acuerdo, será resuelta por una comisión de reclamaciones creada a ese efecto. Uno de los miembros de la comisión será designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, otro miembro por el Gobierno y el presidente conjuntamente por el Secretario General y el Gobierno. Si no se llega a un acuerdo respecto del presidente dentro de los treinta días del nombramiento del primer miembro de la comisión, el presidente de la Corte Internacional de Justicia, a petición del Secretario General de las Naciones Unidas o del Gobierno, podrá nombrar al presidente. Las vacantes que se produzcan en la comisión se cubrirán por el mismo período prescrito para el nombramiento original, quedando entendido que el período de treinta días allí prescrito comenzará en el momento en que se produzca una vacante en la presidencia. La comisión determinará su propio procedimiento, quedando entendido que dos miembros cualesquiera constituirán quorum a todos los efectos (excepto dentro de los treinta días siguientes a la producción de una vacante) y todas las decisiones exigirán la aprobación de dos miembros cualesquiera. Los fallos de la comisión serán definitivos y obligatorios,

a menos que el Secretario General de las Naciones Unidas y el Gobierno permitan una apelación ante un tribunal establecido de conformidad con el párrafo 53. Los fallos de la comisión se notificarán a las partes, y si se han dictado contra un miembro de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas el Representante Especial/Comandante o el Secretario General de las Naciones Unidas harán todo lo posible para conseguir su cumplimiento.

52. Las controversias relativas a las condiciones de empleo y las condiciones de servicio del personal contratado localmente se resolverán con arreglo al procedimiento administrativo que establezca el Representante Especial/Comandante.

53. Cualquier otra controversia entre la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y el Gobierno, y cualquier apelación que ambas partes convengan en autorizar contra un fallo de la comisión de reclamaciones establecida con arreglo al párrafo 51 se someterá, a menos que las partes acuerden otra cosa, a un tribunal compuesto por tres árbitros. Las disposiciones relativas al establecimiento y los procedimientos de la comisión de reclamaciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, al establecimiento y los procedimientos del tribunal. Las decisiones del tribunal serán definitivas y obligatorias para ambas partes.

54. Todos los diferendos entre las Naciones Unidas y el Gobierno del [territorio/país receptor] emergentes de la interpretación o la aplicación de los presentes arreglos que entrañen una cuestión de principio relativa a la Convención se resolverán de conformidad con el procedimiento establecido en la sección 30 de la Convención (9).

#### VIII. DISPOSICIONES SUPLEMENTARIAS

55. El Representante Especial/Comandante y el Gobierno podrán concertar disposiciones suplementarias del presente Acuerdo.

#### IX. ENLACE

56. El Representante Especial/Comandante y el Gobierno adoptarán las medidas apropiadas para garantizar un enlace estrecho y recíproco en todos los niveles pertinentes.

---

(9) En caso de que la otra parte en el presente Acuerdo sea parte en la Convención.

## X. DISPOSICIONES VARIAS

57. Toda vez que en el presente Acuerdo se haga referencia a las prerrogativas, inmunidades y derechos de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y a las facilidades que el [territorio/país receptor] se compromete a proporcionar a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, el Gobierno será responsable en última instancia de la aplicación y el cumplimiento de dichas prerrogativas, inmunidades, derechos y facilidades por las autoridades locales competentes del [territorio/país receptor].

58. El presente Acuerdo se concierta con el propósito exclusivo de ayudar a la aplicación de la resolución del Consejo de Seguridad de la Asamblea General [número y fecha de la resolución] y no tiene incidencia alguna en las respectivas posiciones de las partes en lo que se refiere a la condición jurídica del [territorio] (10).

59. El presente Acuerdo entrará en vigor el ...

60. El presente Acuerdo permanecerá en vigor hasta la salida del último elemento de la operación de mantenimiento de la operación de las Naciones Unidas del [territorio/país receptor], con la salvedad de que:

a) Seguirán en vigor las disposiciones de los párrafos 46, 53 y 54 (11).

b) Las disposiciones del párrafo 51 seguirán en vigor hasta que se hayan resuelto todas las reclamaciones surgidas antes de la terminación del presente Acuerdo que se hayan formulado antes de la expiración o dentro de los tres meses siguientes a ella.

---

(10) Esta disposición se insertará en un Acuerdo siempre que sea pertinente.

(11) Véase la nota de pie de página 9.

## ESTADO DE RATIFICACION DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

Datos actualizados a 30 de junio de 1994

|  |     |
|--|-----|
| • Estados Partes en los Convenios de Ginebra .....     | 185 |
| — Convenios de Ginebra de 1929 .....                   | 2   |
| — Convenios de Ginebra de 1949 .....                   | 183 |
| • Estados Partes en el Protocolo Adicional I .....     | 134 |
| — Ratificaciones .....                                 | 49  |
| — Adhesiones .....                                     | 75  |
| — Declaraciones Sucesión .....                         | 10  |
| • Estados Partes en el Protocolos Adicional II .....   | 124 |
| — Ratificaciones .....                                 | 45  |
| — Adhesiones .....                                     | 69  |
| — Declaraciones Sucesión .....                         | 10  |
| • Estados que aceptan la Comisión de Encuesta .....    | 40  |
| • Estados Miembros de Naciones Unidas .....            | 184 |
| • Sociedades Nacionales de la C.R. y de la M.L.R. .... | 162 |

### **III. BIBLIOGRAFIA**

# **1. RECENSION DE LIBROS**

*España. Legislación sobre Defensa Nacional.* Edición preparada por Gustavo Suárez Pertierra. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1994, 1.007 págs.

Si, como ya advertía el autor con indudable acierto, en el prólogo a la primera edición (1988), siempre resulta hartamente difícil conseguir la necesaria unidad sistemática en cualquier tarea compiladora de disposiciones jurídicas, máxime si se trata de materias relacionadas con la Defensa, ello se ve potenciado en esta segunda edición de 1994, en que ya son historia no sólo «una nueva realidad internacional» sino, incluso, «la aparición de conflictos armados de carácter regional»; acontecimientos, estos últimos, que fuerzan —siempre a decir del propio Doctor Suárez Pertierra— no sólo al señalamiento de nuevas misiones para las FAS sino también a la revisión de los Ejércitos de corte clásico, haciendo necesario dotarles de una mayor flexibilidad y capacidad de rápida respuesta, con la consiguiente y precisa reorganización tanto de ellos mismos como de los propios planeamientos de la Defensa Nacional.

Para mejor comprender el sentido, la envergadura y utilidad de la tarea desarrollada, es imposible sustraerse a la presentación de la obra tal como resulta de esta segunda edición, sin limitarnos a reseñar las nuevas novedades de ésta con respecto a la primera edición.

Por ello, es preciso, ante todo, destacar por los prólogos de ambas ediciones, que sucesivamente figuran en cabeza de esta compilación, aportación personal del autor, han permitido a éste, pese no sólo a las dificultades antes aludidas sino también a las imprecisiones doctrinales y de la práctica acerca de los conceptos básicos sobre la propia Defensa Nacional, ofrecer sus fundados puntos de vista al respecto en una rigurosa aunque compendiada exposición, incluso en su devenir histórico, sobre todo, desde 1978, pues no en vano su condición de Catedrático numerario, por un lado y de Subsecretario y de Secretario de Estado de Administración Militar, del Ministerio de Defensa, por otro, le han colocado, durante estos últimos años, en una privilegiada posición para conocer, analizar y explicar la compleja problemática de la Defensa Nacional que el autor con acierto, califica de *idea joven*, ya que, en efecto, no se desarrolla sino «desde la Segunda Guerra Mundial, probablemente en conexión con la política de

bloques, la idea de disuasión y la aparición de la amenaza nuclear, para superponerse a conceptos históricos».

Y así, en los prólogos se aborda, desde la idea del nuevo sentido legitimador del rearme y la nueva posición de los Estados frente al fenómeno bélico, hasta la consideración del nuevo concepto global de la Defensa Nacional, también en su aspecto jurídico (Constitucional y de Criterios Básicos), y su descomposición en los «dos conceptos subsidiarios: los de *política de Defensa y política militar*», a los que dedica lógicamente, la mayor atención en autorizadas páginas, tanto más de destacar, dadas las escasas aportaciones doctrinales serias sobre la materia (entre las que, por supuesto, priman las de Casado Burbano: «Dirección política de la defensa y mando militar», en esta Revista, número 43, junio-diciembre de 1984, págs. 11 y ss., aparecida el 1 de mayo de 1987, e «Iniciación al Derecho Constitucional Militar», Madrid, EDERSA, 1986); autorizadas páginas, decimos, en las que desfilan las instituciones capitales del nuevo sistema legal, a saber: los Organos Superiores de la política de Defensa y del Mando militar, el Plan General de la Defensa, el Plan Estratégico Conjunto, los sucesivos Planes de Defensa Nacional, así como las Directivas de Defensa Nacional de la Presidencia del Gobierno, la política de personal, los Organos coordinadores de los Planes de Defensa (Ministerio de Defensa, JEMAD y Jefaturas de los Estados Mayores de los Ejércitos y de la Armada).

Hasta aquí la exposición compediada pero exhaustiva de todas las referidas cuestiones hasta 1988, por lo que, en el verano de 1993, prosigue el Prof. Dr. Suárez Pertierra, en el prólogo a esta segunda edición, analizando la evolución legislativa hasta entonces habida, que alumbró —en palabras del ilustre autor— una «idea de Defensa Nacional... más integradora que nunca», así como remarcando la *separación entre poder político y Ejércitos* y los nuevos planeamientos de las *políticas de Seguridad* con las nuevas funciones que para las FAS ello conlleva, volviendo sobre los conceptos básicos ya analizados pero referidos, ahora, al período de 1988 a fines de 1993.

Aún es de destacar en este prólogo, el estudio de todo el proceso que condujo a la Directiva actualizada por el Ministro de Defensa el 16-II-90 y que permitió aprobar, en septiembre de 1990, el PEC hoy en vigor, y así, prosigue la exposición con el nuevo *concepto estratégico* de la Alianza Atlántica tras los profundos cambios habidos en la situación internacional el pronunciamiento del Congreso de los Diputados en su sesión de 27-VI-91 sobre el *modelo* de FAS para el año 2000, la nueva *Directiva de De-*



fensa Nacional del Presidente del Gobierno de marzo de 1992, y el planeamiento de la *Defensa militar* del Ministro de Defensa (XII-92) que abarca el bienio 1993-94.

La creación del cargo de *SEDAM*, la revisión de la *orgánica de los Ejércitos*, la nueva normativa sobre *actuación administrativa ministerial de Defensa* y, en fin, un amplio estudio de las bases de las políticas de *Seguridad y Defensa* o, como expone el autor, de *Paz y Seguridad*, si se quiere, a consecuencia de la desaparición de la política de bloques, además de la nueva mención de las novedades normativas de esta segunda edición, cierran la exposición doctrinal que contiene su prólogo.

Por lo demás, en cuanto a la utilidad que, sin duda, la compilación de normas legales que reseñamos ha de reportar al amplio abanico de sus naturales destinatarios, baste considerar que se trata de un texto único en su género (trasunto fiel, en el campo del Derecho Militar, de esa incomparable obra general que es el «Código de las Leyes Administrativas» del Prof. Dr. García de Enterría, obra que, como es sabido, se limita a incluir en el *Libro X. Acción administrativa, Defensa Nacional, la Ley de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la del Servicio Militar*), ya que, fuera de las compilaciones parciales, generalmente con la sola inclusión de los textos legales del ámbito penal y jurisdiccional militar (como, por su mayor interés y actualidad, cabe citar el editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa bajo el título de *Justicia Militar*, en su segunda edición —única que cuenta con Índice analítico—, ya que el de las *Leyes Penales de Díaz Llanos*, en su última edición, comprendía el texto legal único, entonces Código de Justicia Militar, hoy derogado), que sepamos, sólo el texto compilado por Cívitas bajo el título de *Legislación Militar* a cargo del Prof. Dr. Blecua Fraga, ha pretendido abarcar, también, el más amplio campo del Derecho Militar, más su única edición, la de 1987, impidió incluir textos legales posteriores que, sin embargo, hoy resultan de insoslayable uso y aplicación.

Finalmente, a la cuidada selección de los textos legales que la obra que reseñamos ofrece, es forzoso añadir la rigurosa agrupación de materias que una correcta sistemática jurídica exigía y que lleva al autor a distribuir aquellos en:

I. La legislación básica, comprensiva de los preceptos que la *Constitución* brinda a la *Defensa Nacional*, y las disposiciones legales sobre los *Criterios básicos de la Defensa y la Organización Militar, los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la Movi-*

*lización Nacional, las Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, las Dotaciones Presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las FAS y los Secretos Oficiales.*

El capítulo que denomina II. Organización y Funcionamiento, ofrece los textos reguladores tanto del *Ministerio de Defensa* (incluso de la *Organización de la Administración Central del Estado*), en su estructura orgánica básica, como de los *Ejércitos* (tanto en su estructura básica como en la de los tres *Cuarteles Generales, Fuerza y Apoyo a la Fuerza*) y del *Mando Operativo de las FAS*, se cierra el capítulo, muy oportunamente, con la Instrucción 25/1993, 18-III, del SEDAM sobre *tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa en desarrollo de la Ley 30/92.*

El capítulo III. Relaciones Exteriores, cuya inclusión ya se razonó en el Prólogo, comprende el *Tratado del Atlántico Norte*, los *Comunicados finales* de las reuniones de Oslo de 4 y 5 de junio de 1992, el *Tratado de Bruselas* (de colaboración en... y de legítima defensa colectiva), la *Declaración de Petersburgo* de 1992, y el *Tratado de la Unión Europea de Maastricht* de 7-II-1992.

Los capítulos IV, V y VI, en fin, van dedicados a las materias de «personal», concreta y sucesivamente a su:

IV. Régimen General: las RR.OO. para las FAS —acaso se echan en falta los Reales Decretos que las regulan para los Ejércitos y la Armada, en particular—, la Ley 7/1989, de 19 de julio, del *régimen del personal militar profesional*, básica hoy como es sabido, y el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, que aprobó el *Reglamento de tropa y marinería profesionales de las FAS.*

V. Régimen Penal y Disciplinario: ambas *leyes disciplinarias de las FAS y de la Guardia Civil*, el *Código Penal Militar*, la *Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, la *Procesal Militar* y el Real Decreto que aprobó el *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*. Habrá que añadir en próxima edición, por ser posterior, la Orden Ministerial de Defensa 97/1993, de 30-IX, que aprobó, las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares.

VI. Servicio Militar y Objeción de conciencia: el autor ha podido ofrecer, en esta segunda edición, tanto la *Ley del Servicio Militar* como el *Reglamento de Reclutamiento*; a ello habrá pues que añadir, en una sucesiva edición, el Real Decreto 1410/1994, 25-VI (B.O.E. núm. 172, de 20-VII), que aprobó el *Reglamento del Servicio Militar*, y, por supuesto,

las ya clásicas disposiciones legales sobre Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutiva (Ley 48/84, L.O. 8/84 y R.D. 20/88).

Tanto las notas y referencias de pie de página como el Índice analítico por Disposiciones vienen a completar el interés por la obra.

Por todo lo expuesto, es de augurar un seguro éxito editorial a esta compilación, única —también por lo completa— en su género, que ha de trascender a la Administración Militar y FAS, siendo útil igualmente a la Universidad, a la Abogacía y a la propia Magistratura común y militar.

Eduardo Montull Lavilla

PÉREZ-CABEZOS Y GALLEGO, Esther, y PUYOL MONTERO, Francisco Javier: *Derecho Procesal Penal y Militar*. Guía Práctica, Madrid, Reus, 1994, 1.036 págs.

Quizás para algún lector el título de la obra, por otra parte correcto, pueda inducir a error creyendo que nos encontramos ante una publicación dedicada exclusivamente al estudio y exposición del Derecho Procesal Militar. Por el contrario, el contenido de la Guía Práctica de la que damos noticia, dedica la mayor parte de sus páginas al Derecho Procesal Penal «común» (concretamente 664 páginas) y el resto al Derecho Procesal Militar.

También se equivocará el lector que quiera buscar en esta obra algo más que la Guía Práctica que se anuncia como subtítulo de la publicación. Se trata, en efecto, de la mera exposición cuando no reproducción literal de las disposiciones legales correspondientes a cada uno de los epígrafes en que se sistematizan las leyes procesales penales, comunes y militares, aunque ciertamente precedidas de algún capítulo introductorio no ayuno de las indispensables citas doctrinales. Así, se presentan en forma de «prontuario», dando respuesta a las cuestiones en que se divide la exposición de la materia Procesal Penal común: algunos preceptos de la Constitución española y, fundamentalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también la Ley de 9 de febrero de 1912, de competencia para conocer las causas contra Diputados y Senadores; la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos de las personas; la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana; la Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»; la Ley de 21 de marzo de 1985, de extradición pasiva; algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales; el Real Decreto 34/1988, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales; el Real Decreto 2783/1976, sobre conservación y destino de piezas de convicción, y la Ley Provisional de 18 de julio de 1870, sobre el ejercicio de la Gracia de Indulto (modificada por la Ley 1/1988).

Es lástima que el propósito práctico de la obra, no exento de mérito dentro de su confesada intención de constituir un «instrumento de trabajo para el conocimiento y la aplicación de las normas procesales penales», no haya alcanzado a la exposición —siquiera somera— de la doctrina jurisprudencial más usual, como complemento (éste sí, excepcionalmente práctico) de las normas legales, algunas con una dilatada vigencia desde su origen decimonónico.

Sin duda es meritoria la inclusión en la obra del Derecho Procesal Militar, materia tantas veces injustamente olvidada en los textos comunes penales y procesales. La misma técnica que antes hemos descrito sirve para presentar sistematizadas las disposiciones de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar. Se echa en falta, en ocasiones, la integración de la exposición normativa con la reproducción de algunos preceptos complementarios del Código Penal Militar, como en «la ejecución procesal penal militar». También hemos advertido alguna falta de coordinación en la exposición (relación de infracciones enjuiciadas a través de las Diligencias Preparatorias, art. 384 de la L.O. 2/1989, modificado por L.O. 13/1991) y afirmaciones que no pueden ser compartidas, como la remisión —al inicio de la exposición de las normas relativas a la competencia y organización de la Jurisdicción Militar— a la Ley de Enjuiciamiento Criminal «al tener ambas materias grandes semejanzas»; referencia que se comprendería mejor si fuera hecha a la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tratarse de Derecho orgánico judicial. Como es lógico, únicamente la Ley Orgánica Procesal Militar dispone la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La inercia de transcribir literalmente todos los preceptos hace que, en ocasiones, se reproduzcan disposiciones bien ajenas a la materia procesal penal objeto de la obra, como normas penales y disciplinarias militares. O, ya en el terreno de las precisiones propias del especialista, no se dé cuenta de las modificaciones efectuadas en las leyes procesales militares por las Leyes Orgánicas 13/1991, del Servicio Militar y Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

En suma, obra útil por su carácter eminentemente práctico y recomendable para un primer conocimiento de las normas procesales penales, que no rebasa en ningún momento la intención de sus autores de facilitar a la persona interesada un acercamiento a tales preceptos a través de su ordenada presentación.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

PULIDO QUECEDO, Manuel: *La Constitución Española. Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pamplona, Aranzadi, 1993.

Parece una labor titánica y casi imposible para una sola persona, lo que es suficiente motivo para felicitar al profesor Pulido Quecedo; casi mil ochocientas páginas con una selectiva recopilación de las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Se inicia la obra con un Índice Sistemático completo y acertado, y de suma utilidad para el estudioso del Derecho Constitucional y para todo jurista.

Las concordancias correspondientes a cada artículo de nuestra Constitución vigente, no son completas, pero sí útiles al que hoy se denomina *operador jurídico*.

Ante la dificultad temporal de una lectura de la totalidad de la obra, opto por examinar detenidamente aquellos preceptos constitucionales de más específica aplicación a las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, objetivo de esta Revista Española de Derecho Militar, constatando en *lo militar* las carencias ya apuntadas sobre la concordancia al artículo concreto de la Constitución Española (v.gr. *habeas corpus* y pena de muerte).

Acertado es el recoger la Sentencia que precisa que sólo al Estado compete regular el uso de las lenguas cooficiales en las FAS (CE art. 3).

En el artículo 8 se da una excesiva relevancia al Voto Particular sobre la *naturaleza militar* de la Guardia Civil, al igual que se induce a confusión al concretar —si no he entendido mal— el principio de jerarquía en las FAS con la regulación de la objeción de conciencia.

El autor no tiene específica dedicación a lo castrense, aunque sí recoge con detenimiento la S.T.C. número 194/1989, esencial en la cuestión de la *naturaleza militar* de la Guardia Civil y el régimen disciplinario aplicable, y también la jurisprudencia constitucional referente al artículo 117.5.

En lo específico militar, la Bibliografía, consignada tras cada artículo de la Constitución Española es incompleta.

A pesar de las carencias *castrenses* la obra es sumamente útil para todo jurista, e incluso para el militar no jurista, pues no sólo lo específico militar

en la Constitución ha de ser conocido por nosotros sino la Norma Suprema en su totalidad.

Conviene al lector tener en cuenta que las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional recogidas son de 1992, corriendo a su cargo actualizarlo con las de 1993, 1994 y sucesivas.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

*Cuatro aspectos de la Defensa Nacional (una visión universitaria)*. Madrid, Ministerio de Defensa, 1993, 165 págs. (Monografías del CESEDEN, 7).

Desde hace años funciona en Santiago el Seminario de Estudios de la Defensa Nacional del CESEDEN, que, en colaboración con la Universidad compostelana y bajo la magistral dirección del Profesor Fernández Segado, desarrolla una intensa y rigurosa actividad investigadora y también formativa, en la que participan alumnos y docentes universitarios, tanto durante el año académico regular, como en continuados cursos de verano, organizados sobre temas militares específicos, por lo general de carácter interdisciplinario.

Durante el curso 1991-1992, y como continuación de la tarea emprendida en el anterior año académico, el Seminario abordó diversos aspectos económico-jurídicos de la Defensa Nacional. De las distintas comunicaciones presentadas por profesores y alumnos, cuatro integran esta monografía, editada —con el retraso usual en este tipo de publicaciones— por el Ministerio de Defensa.

La primera, *Objeción de conciencia: un análisis jurídico constitucional*, es una comunicación dirigida al análisis del derecho reconocido en el artículo 30.2 de la Constitución, desde una perspectiva integradora y, por ello, necesariamente interdisciplinaria. Considero que, para una justa valoración de este trabajo, el más extenso de la monografía (pp. 17-99), debe tenerse presente no sólo que su autor, Joaquín Brage Camazano, era, en esos momentos, alumno de segundo curso de la Licenciatura en Derecho, sino, muy especialmente, que, en 1991, cuando es presentada la comunicación, la objeción de conciencia al servicio militar era todavía un tema relativamente novedoso en la doctrina constitucionalista.

Además, como decimos, Joaquín Brage no se ciñe, pese al título del trabajo, a un análisis jurídico constitucional de la objeción de conciencia, sino que intenta —con las deficiencias propias de un primer trabajo de investigación— el estudio pluridimensional del tema, con el que consigue dar una visión de conjunto y, en último término, ofrecer un «estado de la



cuestión», particularmente útil para quienes, dentro del Seminario, era ésta su primera aproximación al fenómeno debatido.

Quizás, por ello, resulte especialmente acertada la delimitación del tema de otros afines, en particular de la desobediencia civil, lo que hace el autor con exactitud y rigor. A este epígrafe conceptual, sigue un preciso apunte histórico que da paso a la inevitable interpretación del artículo 30.2 de la Constitución. Concluye el apartado introductorio con sucintas referencias de Derecho comparado e internacional.

En el segundo apartado, comienza Brage ocupándose de la interpretación del Tribunal Constitucional en el período prelegislativo, así como de los proyectos, para abordar, finalmente, con una metodología exegética y un alcance básicamente expositivo, la Ley de Objeción de Conciencia en sus distintos preceptos. Lógicamente, el análisis se apoya en la aportación doctrinal y, básicamente, en los postulados recogidos en las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/1987, de 27 de octubre.

Concluye el autor con la normativa sobre la objeción de conciencia al servicio militar vigente en 1991 y una relación bibliográfica sobre el tema, referencias que, lógicamente, han perdido gran parte de su utilidad con el retraso de la publicación.

La segunda comunicación inserta en la monografía es *La protección jurídica de la tecnología por razones de Defensa*, de Francisco Hernández Rodríguez. Un trabajo breve (pp. 101-114), pero sumamente sugerente y oportuno, pues destaca —aun sin abordar todas sus manifestaciones— la trascendencia de la Defensa nacional en el Derecho industrial, en concreto en el Derecho de patentes, así como en el control de las inversiones extranjeras en España.

Hernández Rodríguez, tras un breve apartado introductorio, apunta la incidencia de la Defensa nacional en el Derecho de patentes y en el «mercado de control societario» para, a continuación, analizar los modelos estadounidense y español. Respecto a éste, concluye el autor afirmando cómo «se dispone de los suficientes medios legales para evitar que una inversión extranjera ponga en peligro la Defensa nacional. Sin embargo, no estaría de más una normativa más específica que, además de autorizar al Gobierno para intervenir, restringiese al mínimo estrictamente necesario los supuestos en los que es posible esta intervención y además garantizase a las partes afectadas una tramitación con plazos breves, y en la que la decisión final sólo se adoptase tras una investigación realizada con todas las garantías».

En tercer lugar, aparece la comunicación de Eduardo Javier Suárez Ruibal, *El estatuto jurídico del militar de reemplazo* (pp. 115-135), en el

que, con técnica significadamente expositiva, se analizan, tras una referencia general del tema, los derechos de los españoles durante la prestación del servicio militar obligatorio.

El autor aborda tanto los derechos fundamentales (no discriminación, libertad ideológica, religiosa y de culto, a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, a la libertad de circulación, a la libertad de expresión, reunión, asociación y sufragio) como otros derechos (asistencia sanitaria, información en caso de enfermedad o accidente, pensiones e indemnizaciones y aquellos de carácter laboral y escolar), concluyendo con el específico tratamiento del derecho de petición. Todos ellos son estudiados, desde una vertiente constitucionalista, a la luz de lo establecido en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.

Suárez Ruibal concluye que «la situación del militar de reemplazo es igual a la del resto de los ciudadanos y no se ven disminuidos sus derechos, sino, más bien, limitadas algunas manifestaciones de los mismos por razones plenamente justificadas en la Defensa nacional».

La monografía concluye con la comunicación *La economía política del servicio militar* (pp. 137-165), un excelente trabajo del que es autor Pedro Puy Fraga, profesor de Economía Política y Hacienda Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago.

Según se sabe, el mantenimiento del servicio militar obligatorio, si bien sea —como en nuestro sistema normativo vigente— en un modelo mixto de Fuerzas Armadas, se propugna, aparte de por la actual Administración, desde significados sectores sociales y políticos, con base en una argumentación centrada, sustancialmente, en la dificultad de atraer a filas los suficientes voluntarios, en el carácter reaccionario que tendría la abolición del servicio militar obligatorio y, también, en el elevado coste de la profesionalización de los ejércitos.

Pues bien, de este coste «presupuestario» —distinto al coste «real», siempre inferior en el voluntariado— se ocupa Puy Fraga, en un análisis económico, riguroso y, entre nosotros, original, con el que llega a la conclusión de que «la perspectiva económico-política ofrece, por un lado, explicaciones plausibles sobre los procedimientos decisorios relativos a la opción entre una y otra modalidad del servicio militar; y, por otro lado, se constata un cierto relativismo sobre la determinación de los costes totales de cada alternativa: la modalidad más económica y eficiente depende, en definitiva, del volumen total de defensa demandada y de la población requerida para tal fin».

Estos cuatro trabajos integran una monografía interesante y valiosa, en su conjunto, que, significativamente, pone de manifiesto la meritoria labor desarrollada en los últimos años, por el Seminario de Estudios de la Defensa Nacional de la Universidad de Santiago.

Antonio Millán-Garrido

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*. «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial» núm. 29.

LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente: *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*. «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial» núm. 33.

He aquí dos interesantes libros, en cierto modo complementarios, que ofrecen desde distintas perspectivas un muy completo análisis de la mayoría de los problemas que presenta la actual regulación legal, así como el funcionamiento práctico, de la jurisdicción contencioso-administrativa, tema siempre importante en el ámbito de los estudios jurídico-administrativos y de la máxima actualidad entre nosotros en la última década, en la que se viene debatiendo sobre la reforma de la Ley de 27 de diciembre de 1956. Esa actualidad motivó que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial convocase, por Acuerdo de 10 de febrero de 1993 (B.O.E. del día 23), su ya tradicional premio «Poder Judicial», en su séptima edición, sobre el tema «Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa». A dicho premio optaron, entre otros, los dos trabajos que hoy comentamos, habiéndolo obtenido el ya reseñado de Santiago González-Varas Ibáñez, Profesor Ayudante —ahora ya Titular— de Derecho Administrativo de la Universidad de León. El jurado del premio, sin embargo, propuso también la publicación del trabajo del Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, José Vicente Lorenzo Jiménez «por considerar su contenido de gran interés jurídico», propuesta que la Comisión Permanente del CGPJ aceptó.

Así pues, estamos ante dos estudios que se incorporan al aludido debate sobre la anunciada reforma jurisdiccional, formulando propuestas en relación con diversos aspectos, más o menos centrales, de la cuestión. A las aportaciones que, en cada caso, juzgamos más interesantes dedicaremos las líneas siguientes.

El libro de González-Varas plantea desde su inicio la tesis de la «inadecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa actual con el marco de la Constitución española de 1978, principalmente en relación con

el resarcimiento efectivo de los intereses o derechos de los ciudadanos». Tal inadecuación vendría dada, de una parte, por los postulados o consecuencias procesales que resultan del «Estado social» que proclama el artículo 1 CE, cuyo desarrollo se traduce en el derecho de los ciudadanos a obtener prestaciones por parte del Estado; y, en segundo lugar, por las exigencias del «Estado democrático», asimismo propugnado por el artículo 1 CE, principio constitucional que implica una posición procesal activa, o atacante, del ciudadano, distinta de la meramente defensiva, o pasiva, imperante hoy, que obliga al particular a esperar un acto administrativo para poner en marcha la protección judicial.

Se trataría, pues, de superar la vigente concepción del contencioso-administrativo como jurisdicción «revisora» de la actuación administrativa, basada en el dogma del «acto previo», que limita la función judicial en este ámbito a la de control de la legalidad de los actos de la Administración.

Frente a esa concepción, de índole objetiva, se postula aquí, con base en las aludidas exigencias constitucionales, un nuevo planteamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa fundado en el concepto de la llamada «pretensión prestacional», es decir, una pretensión procesal, por la que el interesado pueda pedir ante los Tribunales que la Administración haga o deje de hacer algo, que actúe u omita un determinado comportamiento. «Se trata —nos dice el autor— de completar la perspectiva de la “Administración de limitación” (a la que corresponde procesalmente la pretensión de anulación) con las formas más modernas de la Administración prestacional (con la que arraiga y a la que se adecúa procesalmente la pretensión prestacional)». «Hasta la actualidad —añade— la atención doctrinal no se ha centrado especialmente en el sistema de pretensiones procesales, fruto de la concepción más o menos consciente según la cual la función de la jurisdicción contencioso-administrativa es el control de la Administración».

La adecuación del sistema jurisdiccional a los verdaderos intereses de los sujetos que acceden a aquél sólo se consigue con una concepción subjetiva del contencioso-administrativo, impuesta —se afirma— por el artículo 24 de la CE cuando propugna el derecho de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva. El auténtico sentido de la jurisdicción está en el resarcimiento de las lesiones jurídicas de los particulares, en la protección de sus derechos subjetivos, frente a la Administración; por tanto, el sistema de pretensiones procesales debe definirse y establecerse en correspondencia con los distintos intereses de los ciudadanos.

Una técnica adecuada para verificar esa correspondencia es la denominada «necesidad de protección jurídica», ya que logra que los medios pro-

cesales previstos en un sistema de Justicia administrativa se ajusten con el concreto interés del sujeto que accede a la jurisdicción, pero —al propio tiempo— sólo se conceden a aquél que realmente hace valer un interés especial en su concesión. Porque, en efecto, y como se advierte, esta concepción no debe llevar a comprensiones incorrectas o maximalistas: las pretensiones prestacionales sólo prosperarán cuando sean adecuadas para satisfacer plenamente, y sólo a través de ellas, el interés o derecho subjetivo y concurren —además— todos los requisitos exigidos. Si el interés puede resarcirse a través de un pretensión de anulación, la pretensión especial no debe admitirse por el Tribunal.

De la mano de esta concepción, ya articulada en otros sistemas de nuestro entorno jurídico, singularmente en el alemán, se propone asimismo una revisión de las medidas cautelares existentes en nuestro contencioso-administrativo; concretamente, la regulación de una «medida cautelar positiva», al lado del tradicional mecanismo de la suspensión del acto administrativo en que se basa el sistema cautelar vigente, aprovechando, además, el clima favorable existente al respecto por las aportaciones, tanto jurisprudenciales como doctrinales, realizadas entre nosotros en torno a la famosa tesis del *fumus boni iuris*.

En definitiva, y a modo de síntesis de la tesis del profesor González-Varas, la función esencial de la jurisdicción contencioso-administrativa está en la tutela de los intereses jurídico-subjetivos públicos, tal como se deduce del artículo 24 de la Constitución, y no en el control de la legalidad administrativa. «Esta función, reconocida en el artículo 106 de la Constitución española, encuentra su justificación dentro de la concepción subjetiva como una función necesaria para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos. Para tutelar éstos es necesario entrar en el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos y, si es necesario proceder a su anulación como medio de garantía de los propios derechos subjetivos» (pág. 80).

Un tema de particular importancia para esta concepción del contencioso-administrativo es el de su incidencia en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, analizado seguidamente en el trabajo. Porque, en efecto, la situación es notoriamente más compleja si la prestación está legalmente conferida en términos discrecionales para la Administración; en tal caso, «el Tribunal no puede dictar una sentencia en la que obligue a la Administración a dictar un concreto acto administrativo, ya que ello trascendería de su función judicial, al ser la Administración la que tiene el dominio de la decisión que debe tomarse». En semejantes supuestos, sin

embargo, el Tribunal no debe abdicar de sus posibilidades de «control jurídico» de la decisión. Un mecanismo procesal adecuado a este objetivo es lo que en el Derecho alemán se denomina la «pretensión a una decisión libre de vicios en el ejercicio de la discrecionalidad»: el juzgador, a través de un proceso de interpretación jurídica, debe comprobar si la discrecionalidad puede reducirse a «una única decisión en Derecho», en cuyo caso «el Tribunal puede ordenar a la Administración que conceda una prestación concreta». Ahora bien, si la decisión no puede reducirse a «una única solución justa», entonces el Tribunal no puede ordenar a la Administración que conceda una determinada prestación, porque ello implicaría suplantar la discrecionalidad administrativa por la judicial, violándose el principio de separación de poderes: «sin embargo, para estas situaciones —se nos dice, en fin— un sistema procesal administrativo debe prever la posibilidad de que el Tribunal ordene a la Administración que resuelva dentro de las pautas jurídicas que indica la propia sentencia».

Los siguientes capítulos, o partes, del trabajo se dedican al análisis de las limitaciones que el actual sistema —objetivo— de jurisdicción contencioso-administrativo presenta, «en la medida en que no se adecúa el sistema de pretensiones administrativas con la necesidad de protección jurídico-subjetiva». Ello provoca lo que González-Varas denomina «la huida de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisdicción ordinaria» o intromisión, por parte de los Tribunales civiles en el conocimiento de ciertos asuntos jurídico-públicos que, como tales, deberían corresponder a los órganos judiciales contencioso-administrativos, en aras de lo que otras veces, y por muchos sectores doctrinales, se ha reclamado como la unidad jurisdiccional en el enjuiciamiento de la actividad administrativa.

Concretamente, así ocurre en las actuaciones administrativas que implican vías de hecho, en los litigios frente a la Administración por cuestiones de propiedad o en los que surgen en las relaciones jurídicas entre concesionarios y usuarios de servicios públicos, supuestos que son examinados aquí como ejemplos de aquella huída hacia el control de los Tribunales ordinarios, ante la ineficacia o falta de desarrollo del sistema procesal administrativo, incapaz, en su actual estadio de evolución, de otorgar una garantía eficaz en asuntos que —como los citados y otros que podrían citarse— deberían corresponderles.

En el mismo sentido —aunque con distinto origen— de insuficiente protección por parte del vigente orden jurisdiccional contencioso-administrativo se exponen también los problemas y exigencias procesales planteadas por sectores como el naciente, pero pujante, Derecho ambiental o clá-

sicos como el de la expropiación forzosa y algunos ámbitos de la contratación administrativa.

Todo lo cual «no hace sino corroborar la necesidad de que el sistema procesal administrativo cuente con un sistema plural de pretensiones administrativas, capaz de resarcir los variopintos intereses subjetivos y públicos que precisan de resarcimiento. Una pretensión de anulación no es así suficiente» (pág. 209).

Hasta aquí, sucintamente expuesto, el objeto principal de este muy interesante y sugerente trabajo.

Ahora bien, a nuestro juicio, quizá lo más importante o, cuando menos, lo más significativo de la concepción expuesta, en cuanto trasciende del ámbito «adjetivo» al «sustantivo» de nuestra disciplina, es lo recogido en las últimas páginas (225 a 255: «Sexta parte»). Lo más importante y lo más polémico, con ser ya discutible la tesis reseñada. El propio autor rotula así ese último capítulo: *«La concepción del sistema procesal administrativo como mero reflejo de una concepción general global del Derecho administrativo; el Derecho administrativo como un sistema de relaciones jurídico-administrativas»*.

En efecto, la concepción procesal defendida se confiesa como una consecuencia o resultado de una determinada concepción del Derecho administrativo, precisamente la *concepción subjetiva* de éste «por la cual lo esencial está en atender a los intereses jurídicos de los ciudadanos». De este modo, el núcleo conceptual del Derecho administrativo lo ostentaría la relación jurídica (en detrimento de la tradicional primacía del acto administrativo); a su vez, la situación de privilegio en la sistemática jurídico-administrativa correspondería al ciudadano (frente a la actual supremacía de la Administración); en fin, mediante esta consideración especial del ciudadano, que interviene en relaciones jurídico-administrativas, resulta una posición central de la institución de los derechos subjetivos.

Desde luego, González-Varas reconoce que la relación jurídica es una institución de Derecho común que «ha de modularse necesariamente en el ámbito jurídico del Derecho administrativo, pues éste está determinado por el principio de legalidad de la Administración ... Estas peculiaridades del Derecho administrativo —continúa más abajo— provocan que, pese a que el derecho subjetivo pueda atribuirse también a la Administración, el concepto clave sea el de potestad, pues éste es el que logra, en definitiva articular técnicamente el principio de legalidad; de lo que se trata en Derecho administrativo es de que la Administración actúe de acuerdo a Derecho».

Pues bien, la comprensión del Derecho administrativo esbozada en esta



parte final del libro que comentamos revela, a nuestro juicio, lo más endeble del trabajo y cuestiona, en cierto sentido, la solidez misma de las tesis expuestas con anterioridad y que constituyen el objeto principal del mismo.

Relación jurídica, derecho subjetivo (y personalidad jurídica, que está «detrás» de aquéllos) son conceptos procedentes del ámbito jurídico-privado que, ciertamente, el Derecho público utiliza y de los que se ha servido para construir su propia dogmática. Pero está lejos de poder aceptarse —y la doctrina ha discutido mucho sobre ello— que resulten adecuados a los principios esenciales del ordenamiento jurídico-público, incluso convenientemente «modulados». En éste, la «posición jurídica» del ciudadano se explica mucho mejor por referencia directa, en cada caso, al ordenamiento que en el seno de una relación jurídica; y por lo que se refiere a la Administración, como al resto de la organización pública, su situación es simplemente la de «poder» y no, por supuesto, la derivada del «derecho subjetivo»: pero, además, tampoco se gana mucho sustituyendo el concepto derecho subjetivo (como facultad concreta) por el de «potestad» (como facultad general y abstracta), dada la ambigüedad y falta de perfiles claros de esta última.

En definitiva, la postura que criticamos conduce a una absoluta «procesalización» del Derecho administrativo, como reconoce el propio autor en este párrafo: «Un efecto resultante es la consideración especial dentro del Derecho administrativo de los aspectos procesales (mediante esta concepción del Derecho administrativo como un sistema de relaciones jurídicas), ya que al partir aquél de la consideración de la posición jurídica del individuo (y de lo que al sujeto realmente le interesa) cobra especial interés y encaje dentro de esta concepción el resarcimiento efectivo de las posiciones jurídicas procesales del individuo» (pág. 242).

Y no parece aceptable vincular semejante tesis con la concepción latente en la Constitución española. Hay, por ello, a nuestro juicio, notorias incorrecciones de concepción —de conceptos capitales del Derecho público— en la siguiente frase (pág. 243): «La relación jurídica no puede quedar configurada —en el sentir de la Constitución española— bajo la idea de supremacía de la Administración respecto al ciudadano (ya que de la Constitución se desprende la soberanía popular)».

En todo caso, las aportaciones —siempre discutibles o matizables, como es natural— contenidas en este libro de cara a un replanteamiento de nuestro contencioso-administrativo son sumamente aprovechables, sin necesidad de asumir la «concepción global del Derecho administrativo» que se postula.

\* \* \*

Menos ambicioso, aunque de no menor interés, en sus propuestas es el libro de José Vicente Lorenzo Jiménez, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*. Ya el autor, en nota previa, advierte que «no se pretende efectuar un estudio sistemático del proceso administrativo ni del Derecho procesal administrativo... Porque no se examinan todas las cuestiones, ni a las tratadas se les da una profundidad proporcional entre sí... En definitiva, hemos pretendido hacernos eco de una serie de problemas —no todos— que aquejan al proceso contencioso-administrativo y tratar de ver las soluciones que pueden tener».

Así, el trabajo se ocupa sucesivamente de «Cuestiones generales sobre el proceso administrativo. Jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional» (Cap. I); «Las partes en el proceso contencioso-administrativo» (Cap. II); «El objeto del proceso administrativo» (Cap. III); «El procedimiento contencioso-administrativo» (Cap. IV); «La ejecución de sentencias» (Cap. V); «Las medidas cautelares en el proceso administrativo» (Cap. VI), y «Otras cuestiones relativas al proceso administrativo» (Cap. VII). Como se ve, pues, y a pesar de la advertencia del propio autor, un repaso bastante completo por el panorama de la jurisdicción contenciosa en el que, quizá, la virtud principal radica en que el análisis de su estado actual, problemas, limitaciones y posibles soluciones se hace de la mano de una abundantísima jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que, como se sabe, han ido adecuando ya, sin esperar a la anunciada reforma legislativa, aspectos esenciales de este orden jurisdiccional a los valores, principios y derechos fundamentales derivados del Texto constitucional.

El libro comienza con un sucinto, pero certero, diagnóstico de la crisis de la actual organización jurisdiccional que se ocupa de los asuntos jurídico-públicos. Crisis cuyas causas son, naturalmente, complejas y cuya responsabilidad cabría decir que se reparten por igual los distintos elementos intervinientes en su funcionamiento: las Administraciones públicas, hoy más complejas que nunca y cada vez con más sectores sometidos a su intervención, pero que no han adecuado su estructura a esas exigencias, ofreciendo unos deficientes servicios, destacando en especial, según señala el autor, la «tendencia al escapismo» por parte de aquéllas, creando entes instrumentales sometidos al Derecho privado para eludir los principios y garantías del ordenamiento jurídico.

La propia organización jurisdiccional tampoco puede decirse que responda a las necesidades actuales, por lo que aquí se denomina «inadecuación de efectivos y de técnicas adecuadas para un control efectivo de la

Administración». Más adelante se especifican algunos de los aspectos de este apartado, como los de «falta de especialización de los jueces», «falta también de experiencia», «necesidad de reforma y adecuación organizativa de las oficinas judiciales», entre otros.

En fin, como causa de la crisis se destaca también la «litigiosidad en aumento, no porque se confíe más en la justicia, sino porque se considera que el acceso a la misma constituye en sí un derecho».

En el Capítulo dedicado a las partes en el proceso contencioso, se estudia, por supuesto, la ampliación del concepto de legitimación derivada del artículo 24 de la Constitución. Ello ha llevado, como se sabe, a una reinterpretación del artículo 28.1 LJC por parte del TC y del TS, en el sentido de entender el apartado a) de dicho precepto como «interés legítimo», concepto más amplio que el de «interés directo» y, por tanto, más acorde con la tutela judicial efectiva; y, asimismo, a considerar, por idénticas razones, virtualmente derogado el apartado b) en cuanto a las restricciones que, en su redacción originaria, suponía la legitimación corporativa.

En los mismos fundamentos se basa la desaparición de la figura del coadyuvante.

Junto a esos temas se analizan también los problemas de la acción popular, crecientemente admitida por leyes sectoriales y los relacionados con la representación y defensa de las partes en el proceso, que, no obstante, las modificaciones ya operadas, vendrían necesitados de mayor clarificación (particularmente, como aquí se señala, la relativa a los entes públicos).

Cuestión fundamental del proceso contencioso-administrativo la constituye su objeto, esto es, la actividad administrativa impugnada en esa sede y las pretensiones que procesalmente se puedan articular frente a aquélla. Pues bien, el examen que se ofrece de esta materia, si bien más «modesto» que el realizado por González-Varas en su trabajo, se presenta, a mi juicio, mucho más apegado a la realidad jurídico-administrativa española, sin regatear, no obstante, críticas a sus evidentes limitaciones en el sistema actual. Así, las dificultades de combatir judicialmente la inactividad administrativa o la actividad material sin previo acto formal (vía de hecho), son expuestas por Lorenzo Jiménez, con las principales aportaciones que el debate doctrinal y las aplicaciones jurisprudenciales han ofrecido, sobre todo a través de la virtualidad de los derechos fundamentales. Todo lo cual —como también se señala— ha supuesto algunos progresos, aunque insuficientes y necesitados de mayor desarrollo, principalmente, sin duda, jurídico-positivo. La necesidad de agotar la vía administrativa antes de acudir a la jurisdiccional es aquí sucinta pero muy oportunamente tratada, con las

modificaciones, no siempre afortunadas y en todo caso con «una técnica muy defectuosa», que ha introducido en este campo la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Un problema de la máxima importancia y que, por ello, también merece aquí atención es el relativo a la ejecución de las sentencias. En efecto, a pesar de la relativamente abundante jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, que ya se ha enfrentado a esta cuestión sentando la tesis de que la ejecución «forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», la cuestión sigue sin tener, en la práctica, una solución satisfactoria y los Tribunales se muestran incapaces de obligar a la Administración a cumplir en muchos casos y con la debida diligencia sus fallos. Así pues, los artículos 103 y siguientes de la LJC, apresuradamente declarados —por algunos, no desde luego por el TC, como aquí se advierte— incompatibles con los artículos 24 y 117.3 CE siguen ofreciendo resistencia. O, mejor dicho, la Administración se resiste a ser «simple colaboradora del juez» —como, en rigor, se derivaría de aquella concepción— en la ejecución de las resoluciones judiciales que le afectan. Además, a las dificultades prácticas apuntadas, se añaden problemas técnico-jurídicos referidos al «cumplimiento por equivalente», así como a los supuestos de «imposibilidad legal o material de ejecución» y de «suspensión o inejecución de sentencias», estudiados por el autor, incluidas algunas posibles soluciones.

En fin, las medidas cautelares en el contencioso-administrativo —tan de moda de nuestras jurisprudencia y doctrina— y su actual insuficiencia; el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales; los procedimientos especiales en el orden contencioso-administrativo, junto a algunas otras cuestiones concretas, cierran el trabajo del profesor Lorenzo Jiménez.

En suma, un estudio mucho más importante y valioso de lo que la confesada humildad de su autor anuncia. Sin grandes alharacas doctrinales, pero hecho con todo rigor y —como ya dijimos al principio— con un material jurisprudencial muy completo y actual. Libro, por todo ello, utilísimo para quien pretenda conocer el estado actual de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, desde luego, también para afrontar su —parece que por fin, ya próxima— reforma, tarea que tiene ante sí el reto —no siempre superado, lamentablemente, por las últimas reformas del ordenamiento jurídico-administrativo— de, al menos, no desmerecer de su predecesora, la magnífica Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956.

Antonio Mozo Seoane

MILLÁN-GARRIDO, Antonio: *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*. Madrid, Trotta, 1992, 293 págs.

La Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, ha dotado a la Guardia Civil de un régimen disciplinario propio, que trata de responder a la función que le atribuye la Constitución y el Ordenamiento jurídico posterior a ésta. El nuevo régimen viene, en otro orden, a cubrir un sensible vacío normativo, por cuanto el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establecía, respecto de la Guardia Civil, que «por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica». En tanto esa «normativa específica» no llegaba, se vino aplicando —con el refrendo del Tribunal Constitucional en su Auto 1265/1988, de 21 de noviembre— a la Guardia Civil el régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1989, de 16 de noviembre, vino a advertir que la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil revestía un carácter eminentemente transitorio, en tanto el legislador no dictara la «normativa específica» a que hace referencia la Ley Orgánica 2/1986, y ya anteriormente la Ley 6/1980. Y a continuación declara el Alto Tribunal que dicha previsión legislativa «no puede quedar indefinidamente incumplida [...]». El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas las 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 exclusión y de remisión».

Tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional obligó al Gobierno y al Parlamento surgidos de las elecciones de 1989 a asumir como uno de sus más urgentes objetivos la elaboración de esa «normativa disciplinaria específica». El resultado final es esta Ley 11/1991, de 17 de junio.

El libro del profesor Millán Garrido se inicia con una introducción en la que el autor estudia los antecedentes y tramitación parlamentaria de la Ley, con una referencia general a su estructura y contenido. A continuación se inserta el texto comentado de la Ley Orgánica. Y lo que se observa

desde el primer momento —y ello merece ser destacado— es el carácter eminentemente práctico que el autor ha pretendido conferirle a través de su contenido, estructura y planteamiento metodológico.

En efecto, el autor «comenta» cada artículo, no limitándose a hacer referencias a otras normas concordantes, con las que dicho artículo haya de ponerse en relación, sino que también deja constancia de toda la jurisprudencia existente en la materia, reproduciendo aquellos fragmentos que presentan interés respecto del precepto que en cada momento se comenta. Precisamente por la orientación esencialmente práctica del libro, se elude por lo general el debate teórico que sugiere la Ley. Lo que se pretende es ofrecer soluciones, dejando constancia, en aquellos temas controvertidos, de las tesis doctrinales mayoritarias y, especialmente, en su caso, de la posición del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia Millán Garrido analiza exhaustivamente.

El enfoque práctico de la obra queda subrayado si se tiene en cuenta que incluye además 75 formularios —que han de facilitar mucho la aplicación de las disposiciones legales— y unos completos índices analítico —con más de 400 referencias— y cronológico de jurisprudencia, así como una relación bibliográfica sobre la materia y, como legislación complementaria, los textos de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Real Decreto 555/1989, de 19 de mayo, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal.

Desde luego, lo que ha pretendido principalmente el profesor Millán Garrido con este libro no es entrar en el debate teórico que la Ley plantea, sino un comentario a la misma, ciertamente «de urgencia», pero, más allá de cualquier discrepancia, riguroso y, sobre todo, muy práctico. Ello hace que la obra sea de extrema utilidad e imprescindible utilización no ya sólo por los miembros del Benemérito Cuerpo, como destinatarios naturales de las disposiciones editadas, sino por cuantos juristas deban tomar contacto con los complejos problemas que plantea esta específica parcela del Derecho administrativo sancionador.

Por todo ello, ha de felicitarse al profesor Millán Garrido, cuya sólida formación jurídico-militar ha permitido la conformación del propio trabajo. También ha de felicitarse a Editorial Trotta por la elección del autor (siempre tan decisiva), así como por la cuidada edición, en tipografía, diseño y elegante formato, poco habitual en el actual mercado jurídico español.

Joaquín Brage Camazano

## **2. RECENSION DE REVISTAS**

*Rassegna della Giustizia Militare*, año XIX, n.º 3-4, mayo-agosto de 1993.

Se inicia este número de la relevante publicación jurídico-militar italiana con un estudio de Michele Navarra titulado «Breves reflexiones sobre algunos aspectos problemáticos en materia de delitos políticos de opinión». Comienza el planteamiento con el reconocimiento de que las manifestaciones de intolerancia y de agria crítica en los enfrentamientos entre las instituciones políticas y el vértice militar de la República constituyen fenómenos siempre recurrentes en el desarrollo de las relaciones sociales. En el ordenamiento italiano se produce la incoherencia de permitir, por un lado la libertad de expresión y por otro consentir la vigencia de un sistema de incriminación basado en la represión penal del disenso político. Así, el trabajo examina críticamente la categoría de los delitos políticos de opinión, particularmente el supuesto de propaganda y apología subversiva, tipificación delictiva que —sin embargo— no vulnera la Constitución (Corte Constitucional italiana). El estudio trata temas tan sugerentes como el concepto de orden público, el de propaganda subversiva y el de apología. El supuesto de instigación merece detenida consideración, pues el Código Penal castiga (art. 266) al que instigue a militares a desobedecer a las leyes o a violar el juramento prestado o los deberes de la disciplina militar u otros deberes inherentes a su condición, o hace a militares la apología de estos hechos. El análisis es especialmente interesante para nuestro Derecho penal, pues el artículo 221 del Código Penal (introducido en el texto común por la L.O. 14/1985) castiga al que de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportamientos de indisciplina o al incumplimiento de deberes militares o hiciere apología de la sedición militar o de los sediciosos (1). El autor considera como solución más oportuna la derogación de esta tipología de delitos, pues el consenso que preconiza no puede ser creado por la fuerza de la incriminación penal.

---

(1) J. F. HIGUERA GUIMERA, : «Sedición militar», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Edersa, Tomo X, «La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional», Madrid, 1989, pp. 465 y ss.



Los delitos de ofensas a personas revestidas de funciones políticas o constitucionales se basan en una tutela diferenciada del honor individual, que para el autor no justifica el rigor de las penas previstas. El trabajo finaliza con el comentario de la tutela penal del prestigio de las instituciones, con particular referencia al delito de vilipendio, que el autor considera como un mecanismo de autodefensa institucional contra las agresiones de los inconformistas. Solicita el autor, en su línea crítica, la revisión de los términos del delito de vilipendio de las Fuerzas Armadas (art. 290 del Código Penal) para tratar de superar la discrasia entre la tutela de la libertad de expresión y la protección del prestigio de las instituciones, como ha hecho la Corte Constitucional, a través de la distinción entre la crítica y el vilipendio. Reconoce, por otra parte, que la magistratura evidencia hoy una amplia tolerancia en relación con las formas más ásperas de la lucha política, sindical o civil, lo que no le impide concluir que la incriminación del vilipendio y de todos los delitos políticos de opinión es extraña al modo de ser de las instituciones democráticas y liberales.

Los aspectos procesales son estudiados en un breve trabajo de Pier Paolo Rivello que denomina «Consideraciones sobre la audiencia preliminar a la luz de la nueva configuración de la sentencia cuando no hay lugar a proceder». Constata el autor la ampliación del área de operatividad de la sentencia de «no haber lugar a proceder», al haberse eliminado el requisito de la «evidencia». Estudia, en primer lugar, la audiencia preliminar como filtro de las acusaciones infundadas, la doctrina de la Corte Constitucional y las diversas opiniones que culminaron en la Ley de 8 de abril de 1993 sobre la materia. Particularmente se presentan las diferencias entre la sentencia de «no haber lugar a proceder» y el archivo de las actuaciones, al tiempo que se corrigen algunas incongruencias prácticas de la antigua regulación.

La revista publica, a continuación, su habitual sección de Jurisprudencia, con sentencias de la Corte Constitucional, Tribunal de Casación (con comentarios a alguna de ellas por Francesco Gentile) y otros Tribunales y Jueces Militares.

Antonio Intelisano informa sobre una nueva revista: (LIMES) en una recensión titulada «Geopolítica e intereses nacionales» y de nuevo Giovanni Virzi publica sus comentarios (cuarta parte) sobre el proceso de informatización de la Justicia italiana, esta vez analizando el Centro electrónico de documentación de la Corte Suprema de Casación, con una exposición final de la normativa que lo regula.

Este número de la *Rassegna* termina con la publicación del texto de la Ley Constitucional de 6 de mayo de 1993, sobre las funciones de la Co-

misión Parlamentaria para la reforma institucional y régimen del procedimiento de revisión constitucional, así como del Proyecto de Ley —presentado en el Senado el 18 de marzo de 1993— de modificación de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en materia de juicio abreviado.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

PÉREZ DEL VALLE, Carlos: «La prueba del error en el proceso penal». En: *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1994, pág. 413-429.

La prueba de la concurrencia en un delito de un elemento subjetivo se desenvuelve necesariamente vinculada a la denominada prueba de indicios, de modo que para su confirmación se requiere una inferencia a partir de datos externos. Bajo esta premisa, el autor, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales y acudiendo, incluso, a la ejemplificación, desarrolla su meritorio y esclarecedor trabajo sobre la prueba del error en el proceso penal, que constituye su personal aportación a modo de «Comunicación» presentada en el Curso del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23 y 24 de septiembre de 1993, sobre el tratamiento del error.

En primer lugar analiza, desde el punto de vista jurisprudencial, la cuestión relativa a la prueba del error de tipo, encuadrada, dada su naturaleza, en un plano subjetivo, cuya consecuencia ha de ser, necesariamente, la exclusión del dolo, sin por ello pretender la discusión sobre el alcance de tal clase de error, sino tan sólo explicitar la estructura lógica que corresponde a su prueba.

Por ello, parte de una sencilla premisa: la afirmación de la existencia del error de tipo comporta la inexistencia de dolo, deduciendo que la existencia del dolo ha de ser comprobada en el supuesto concreto, ya que una presunción de dolo quebrantaría el principio de culpabilidad. En este sentido, conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo, debe acudir a la prueba indiciaria consistente en la averiguación de un elemento interno a partir de datos externos, lo cual, requiere un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación al caso concreto.

De ahí, que en muchas ocasiones, el Tribunal que reconoce la existencia de los hechos desde un punto de vista objetivo, pueda afirmar la existencia del dolo sobre principios de experiencia general confirmados en los elementos del comportamiento exterior del sujeto.

En cuanto al error de prohibición, relativo a un determinado estado de conocimiento del sujeto sobre la antijuricidad de la acción o la posibilidad de su conocimiento (teoría del dolo-teoría de la culpabilidad) la prueba de

esa situación se refiere, en principio, a una «circunstancia de la personalidad», ya que no deja de ser un juicio sobre la posibilidad de motivación del autor conforme a las normas. Desde el punto de vista de su prueba se trata de llegar a una conclusión sobre el estado intelectual del sujeto, y en este extremo la prueba directa resulta la base sobre la cual debe girar el razonamiento del Tribunal de instancia.

Finalmente, en lo relativo al error sobre los presupuestos de una causa de justificación y partiendo el autor de que esta clase de errores lo son de tipo, estima, no obstante, que su prueba se refiere meramente a un determinado estado intelectual en el momento de los hechos, por lo que su prueba debe estar basada en un razonamiento deductivo.

La conclusión, basada en una opción por la teoría estricta de la culpabilidad, es la existencia de unas reglas de prueba diferentes en el error de tipo y de prohibición y la aplicación de estas últimas a los errores sobre los presupuestos de una causa de justificación.

En suma, un trabajo original, interesante, sencillo en su construcción y en el que el operador jurídico puede encontrar abundante bibliografía y citas jurisprudenciales puntuales sobre un tema que se presta a las más variadas controversias.

Juan Antonio Pérez Parente

RIVES SEVA, Antonio Pablo: «El principio *non bis in idem* y su significación actual en el Derecho Administrativo Sancionador». En: *Poder Judicial*, 2.ª Epoca, núm. 32, diciembre 1993, pág. 177-196.

El trabajo —publicado como estudio— se estructura en una introducción y dos apartados dedicados a describir la actual formulación en nuestro derecho positivo del principio *non bis in idem*. En la «Introducción», el autor realiza una breve aproximación al *non bis in idem* desde sus aspectos legal, jurisprudencial y doctrinal, sin olvidar su génesis y evolución histórica en nuestro ordenamiento jurídico positivo y en las resoluciones de los Tribunales Supremo y Constitucional.

A propósito de la doctrina emanada de este último intérprete de la Constitución, destaca el autor la distinción que debe hacerse respecto del tratamiento del principio *non bis in idem* en aquellas relaciones entre la Administración y los particulares que se han caracterizado como «de sujeción general» —en las que debe entenderse proscrita la posibilidad del *bis in idem*— y aquellas otras denominadas como «relaciones de sujeción especial» (de las que destaca, el autor, su vaga formulación y contenido) —en las que se presenta como admisible, en determinadas circunstancias, la posibilidad de aplicar a unos mismos hechos sanciones pertenecientes a los ámbitos penal y administrativo—.

A continuación y tomando como base la mencionada distinción, se ocupa de realizar una detallada descripción de la formulación del principio *non bis in idem* en las diversas normas del vigente derecho sancionador.

Así, en el apartado dedicado al «ámbito de las relaciones de sujeción general» se describen las normas vigentes en las siguientes materias: actividades deportivas y lúdicas; relaciones laborales; circulación y seguridad vial; protección de la salud; protección de los consumidores; protección del medio ambiente; economía; dominio público; urbanismo; exhibición de material audiovisual; seguridad ciudadana y ejercicio de las libertades públicas, y derecho administrativo sancionador general.

Por su parte, en el «ámbito de las relaciones de sujeción especial» describe el autor del trabajo el régimen jurídico del principio *non bis in*

*idem* en las siguientes materias: poder judicial; funcionarios públicos; fuerzas armadas; fuerzas y cuerpos de seguridad, y derecho penitenciario.

A nuestro juicio, dado el carácter eminentemente descriptivo que ha querido darse al comentario y a la vista del detalle utilizado en la cita de normas vigentes, el principal interés del mismo se halla precisamente en las posibilidades que ofrece para una ágil confrontación de los distintos textos legales que se han ocupado de regular, bajo diversas formas y significados, el principio *non bis in idem* y supondrá, por tanto, un útil instrumento para cualquier otra aproximación al tema.

Alfonso Barrada Ferreirós

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: «El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa». En: *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> Época, núm. 33, marzo, 1994, pág. 69-81.

El trabajo —publicado como estudio— se ocupa de describir, *en apretada síntesis, la experiencia portuguesa en punto a la instrucción de las causas penales desde el año 1988, en que fue conferida al Ministerio Público. La presente exposición* —continúa su autor— *resume el estudio realizado para la Fiscalía General del país vecino en el primer trimestre del año 1993.*

El artículo se estructura en tres partes bien diferenciadas: a) el marco legal que define actualmente la fase de instrucción de los procedimientos penales; b) la descripción del contenido teórico-legislativo de dicha fase instructora, y c) la situación de la actividad instructora del Fiscal en la realidad práctica.

El Código de Procedimiento Penal portugués de 1987 (CPP), con la intención de atribuir al Fiscal la fase de investigación criminal y salvaguardar, al tiempo, el obstáculo que suponía el artículo 32.4 de su Constitución —*toda instrucción es competencia de un Juez*—, distinguió dos momentos diferentes en la fase preliminar de los procedimientos penales: el *inquérito*, de titularidad fiscal, comprensivo de la investigación del delito, sus autores y responsabilidades y el acopio de pruebas sobre el mismo, y la *instrução*, de competencia judicial, dirigida a la comprobación judicial de la decisión de formular acusación o archivar el *inquérito*. El Tribunal Constitucional portugués no apreció en esta importante reforma procesal —que trata de abandonar el modelo napoleónico de juez de instrucción— reparo constitucional alguno.

El Ministerio Público, tan pronto como llega a su conocimiento la *notitia criminis*, viene obligado a la apertura del *inquérito* (art. 262.2 CPP), durante el cual le corresponde la dirección de la investigación criminal sobre los hechos y en el transcurso de la cual está capacitado para delegar en los órganos de la Policía criminal aquellas diligencias que no estén expresamente reservadas al Juez de instrucción (aquellos actos con mayor compromiso para los derechos fundamentales de las personas investigadas)

o al propio Fiscal (la autorización de determinados registros, ordenar la práctica de prueba pericial, etc.).

Finalizadas las diligencias de investigación del *inquérito*, el Fiscal se encuentra obligado —salvo el supuesto, excepcionalmente utilizado por su complejidad práctica, de suspensión del procedimiento con sometimiento a normas de conducta— a dictar una decisión final sobre el mismo, archivándolo o formulando acusación, que deberá ser notificada a las partes, imputado y asistente (figura típica del Derecho portugués, semejante a nuestra acusación particular, si bien su posición se subordina, con alguna excepción, a la del Ministerio Público); en el plazo de cinco días desde la notificación, las partes pueden solicitar la apertura de la fase de instrucción, a desarrollar ante el Juez, para cuestionar la decisión del Fiscal en uno u otro sentido. De ello es obligado deducir que la *instrução* se configura como una fase facultativa de las partes.

La instrucción se divide, a su vez, en dos subfases: a) una primera, de investigación judicial, en la que debe aplicarse el principio de conservación de las pruebas practicadas en el *inquérito* (art. 291.2) y en la que el Juez goza de autonomía para la práctica de aquellas otras que estime conveniente, sin estar sometido exclusivamente a las diligencias solicitadas por las partes (art. 288.3), y b) una segunda subfase, consistente en un debate, que tiene por finalidad «permitir la discusión ante el Juez, oral y contradictoria, sobre si del decurso del *inquérito* y de la instrucción resultan indicios de hecho y elementos de derecho suficientes para justificar la sumisión del inculpado a enjuiciamiento» (art. 298). Terminado el debate instructorio, el Juez dicta despacho de pronuncia o no pronuncia, que vendrá determinado por la «existencia o no de indicios suficientes de haberse verificado los presupuestos de que depende la aplicación de una pena o de una medida de seguridad» (art. 308).

En la práctica, sin embargo, en la subfase de investigación judicial se asiste a una «cierta tendencia en la que los Jueces contemporizan con las partes, ordenando indiscriminadamente diligencias que, defraudando el espíritu de la ley, producen una verdadera renovación del *inquérito*»; por su parte, la subfase del debate oral se ha desvalorizado debido a la relevancia que se ha otorgado a las diligencias de investigación practicadas en la primera fase, lo cual ha llevado a que se preste a dicho acto la atención propia de una mera formalidad.

En la última parte del trabajo —dedicada a la descripción de la realidad práctica de la labor del Fiscal instructor— su autor pone de relieve las enormes dificultades con que se ha encontrado el Ministerio Público por-



tugués para hacer frente a sus nuevas competencias investigadoras, derivadas, de un lado, de la inexistencia —a la entrada en vigor del CPP— de las estructuras humanas y materiales necesarias para hacer frente a aquellas misiones (y de la falta de cobertura legal para organizar dichas estructuras), de otro, de la insuficiencia de los medios humanos y materiales de que se dispuso una vez organizados los correspondientes servicios y, por último, de las dificultades que se plantean en las relaciones que mantienen —en esa actividad investigadora— el Ministerio Público y la Policía criminal.

De entre estas últimas, destaca el autor, las relaciones con la Policía Judicial (dependiente del Ministerio de Justicia, dotada de una amplia plantilla, con un alto grado de especialización y nula tradición de dependencia y sumisión a fiscalización respecto de la autoridad judicial), entre las que considera como especiales los siguientes hitos: a) la tendencia de la Policía Judicial a realizar un *preinquérito* independiente del control del Fiscal, por el procedimiento de distinguir la «sospecha de delito» de la «noticia cierta» del mismo (lo que le obligaría a comunicarlo al Fiscal para apertura del *inquérito*); actuaciones a las que se ha opuesto el Consejo Consultivo de la Fiscalía General; b) la previsión legal del artículo 55.2 CPP, que faculta a la Policía para realizar, sin necesidad de autorización del Fiscal, las diligencias urgentes y necesarias para asegurar los medios de prueba y cuya interpretación ha dado lugar, en ocasiones, a colisiones entre ambos cuerpos; c) la práctica habitual —motivada por la insuficiencia de medios del Ministerio Público— de delegar «en masa» en la Policía criminal la práctica de diligencias de investigación, que se ha convertido en la regla general en la instrucción procesal; d) partiendo del consenso en que la investigación es función policial y tiene su propia *lex artis*, pero discrepando en la interpretación de qué ha de entenderse por «dirección de la investigación», se plantea la posibilidad, debatida por ambas partes, de que el Ministerio Público llegue a fijar planes de investigación; siendo muy escasos en la práctica los despachos de delegación del Fiscal a la Policía con fijación de diligencias a practicar; e) la burocratización de las comunicaciones entre Jueces, Fiscales y Policías, y f) las enormes dificultades con que se encuentra el Ministerio Fiscal para ejercer un efectivo control sobre las delegaciones de investigación efectuadas.

La principal consecuencia de todo el conjunto de problemas que en la práctica se han planteado es el haber originado un gran retraso, con la subsiguiente acumulación de asuntos pendientes, en la tramitación de las diligencias de investigación que en aquella fase preliminar corresponden al Fiscal, quien, además, se ve obligado a delegar masiva y genéricamente sus

competencias investigadoras en la Policía criminal, sin que, por otra parte, pueda ejercer el debido control sobre tales delegaciones.

Reconociendo la vigencia y actualidad que para nosotros tiene la tantas veces planteada cuestión del Fiscal instructor, el autor finaliza puntualizando que *en el hipotético caso que el legislador español importase el modelo de instrucción descrito, de lo expuesto en el presente artículo puede inferirse sin dificultad los errores padecidos en el país vecino y las consecuencias que, en términos de eficacia, puede comportar la apresurada introducción del mismo.*

Alfonso Barrada Ferreirós

MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M.<sup>a</sup> Dolores: «La atenuante por analogía: una situación incierta». En: *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> Epoca, núm. 33, marzo, 1994, pág. 105-117.

El artículo —publicado como estudio— ofrece una breve pero muy interesante recapitulación de las principales cuestiones que se plantean en torno a la figura de la atenuante por analogía del número 10 del artículo 9.<sup>o</sup> del Código Penal, recogiendo las más significativas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la misma. Para ello, se estructura el trabajo de la siguiente forma: a) un inicial planteamiento de la cuestión que toma como punto de partida el principio de legalidad y sus consecuencias respecto de la analogía; b) el estudio de la finalidad, estructura y fundamento de la atenuante, según la doctrina científica y el análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la misma; y c) una enumeración y breve comentario de los supuestos en los que el propio Tribunal Supremo (en sentencias desde 1981 hasta la fecha) ha venido estimando o rechazando su calificación como atenuantes por analogía.

Tras una breve aproximación al principio de legalidad penal y a su génesis y desarrollo histórico, la autora nos recuerda que consecuencia obligada del mismo es la veda de la analogía entendida como creación judicial del derecho, pues, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «el derecho fundamental (del art. 25.1 CE) no puede ser otro que el de no ser condenados por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyen delito o falta según la legislación vigente. Tal derecho no tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se puede anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles... la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación incompatible con el derecho a la legalidad» (STC de 27-4-84).

Respecto de la formulación legal del principio, la autora comienza por considerarla incompleta pues, como señalan Vives Antón y Cobo del Rosal, hubiera debido proclamar de forma expresa su contenido esencial, prohibiendo terminantemente la indeterminación de las formulaciones lega-

les y el recurso a la analogía *in malam partem*; aun así, el párrafo primero del artículo 2 del Código Penal no ofrece dudas en la prohibición de aplicar analógicamente el derecho en los supuestos de hecho no penados por la ley por existir un vacío normativo; cuestión muy distinta de lo que ocurre con la posibilidad de aplicar la analogía en sentido favorable al reo, frente a la cual la doctrina no se pronuncia de modo unánime, pues, mientras un sector (Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Mir Puig, Cerezo Mir y Muñoz Conde, entre otros) la considera perfectamente compatible con el principio de legalidad, otro sector (Quintano Ripollés, Vives Antón, Córdoba Roda) sostiene que la creación analógica del Derecho por parte del Juez sólo deviene legítima allí donde el titular del Poder legislativo expresamente lo permite. Este es el caso de la atenuante analógica del artículo 9.10 CP.

Respecto de la finalidad de esta atenuante, como tiene declarado el Tribunal Supremo y nos recuerda el artículo mediante el repaso histórico de su formulación en nuestros Códigos Penales, «... la atenuante de análoga significación del artículo 9.10 CP constituye una cláusula general de individualización de la pena que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor...» (STS de 22-2-88).

Las discrepancias que hasta hace unos años existían entre doctrina y jurisprudencia respecto de la atenuante no se centraban tanto en el fundamento de la misma, pues en el fondo autores y jueces consideran que la «análoga significación» tiene su base en el fundamento informador de las otras atenuantes, cuanto en su estructura, pues, mientras la doctrina afirmaba que la analogía había que buscarla con la significación o entidad de las restantes circunstancias, el Tribunal Supremo consideraba que dicha analogía había que buscarla con los elementos de una concreta atenuante expresamente prevista; actitud esta última que, en palabras de Rodríguez Devesa, «hace inútiles los esfuerzos del legislador al tratar de ampliar la fórmula en sucesivas reformas para desligarla de las restantes atenuantes específicas del artículo 9 CP».

Tras el desarrollo de las anteriores posturas, el trabajo entra de lleno en el análisis de la concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la atenuante del artículo 9.10 CP genéricamente considerada, ofreciendo la evolución de la misma desde la restrictiva postura que se mantenía en la sentencia de 17 de octubre de 1975 hasta la de 22 de febrero de 1988, en la que, más en sintonía con la doctrina científica actual, se sostiene que la atenuante «... permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor, más que por vía de una estricta analogía formal con los supuestos específicamente

contemplados en los diferentes supuestos del artículo 9, a través de una analogía con la idea genérica básica que informa dichos supuestos...»

En este mismo repaso a la evolución jurisprudencial se recoge en el artículo que nos ocupa la sentencia de 14 de diciembre de 1991, «... que supone la exasperación en la aplicación de la atenuante, puesto que no se trata de causas que afecten a la personalidad del autor ni al hecho delictivo, sino a algo tan ajeno a ambos, como es la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas»; resolución que, calificada por algunos autores como «insólita» o «aberrante», fue pronto abandonada por el propio Tribunal Supremo (STS de 14-12-92).

El trabajo finaliza, como ya se ha indicado, recogiendo el catálogo de supuestos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado desde 1981 sobre la atenuante analógica, para afirmarla o negarla; catálogo que se realiza siguiendo la estructura del propio artículo 9 del Código Penal, toda vez que, en general, se invoca la circunstancia 10, buscando la analogía con una causa de atenuación específica. Así, el trabajo se ocupa de detallar la doctrina jurisprudencial, favorable o contraria a apreciar la atenuante, en los siguientes casos: A) En relación con la eximente incompleta de enajenación mental, supuestos de: a) arterioesclerosis; b) debilidad mental; c) depresión; d) demencia senil; e) enajenación mental; f) epilepsia; g) esquizofrenia; h) homosexualidad; i) psicopatía, y j) drogadicción. B) En relación con la eximente incompleta de estado de necesidad, supuestos de paro laboral y de destino de lo apropiado indebidamente al pago de deudas. C) En relación con la edad, supuestos en los que el culpable cumplía dieciocho años el día de los hechos, y en relación con su situación física, supuestos en los que el culpable era ciego o sordomudo. D) Supuestos de preterintencionalidad. E) En relación con la atenuante de arrebató u obcecación, supuestos de amistad y de reacciones violentas. F) En relación con el arrepentimiento espontáneo, supuestos en los que falta, bien el requisito temporal, bien el elemento subjetivo.

Creemos conveniente finalizar diciendo que el trabajo resulta, a nuestro juicio, de indudable interés, pues, a una breve pero completa y actualizada exposición de las diferentes posturas doctrinales sobre la cuestión analizada, añade un elaborado resumen de la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto respecto de la atenuante analógica genéricamente considerada, como de aquellos supuestos concretos en los que se ha admitido o rechazado su apreciación, puestos en relación con aquellas otras atenuantes específicas respecto de las cuales se predica su analogía.

Alfonso Barrada Ferreirós

## **IV. INFORMACION**

## EL XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA

En Baden, Viena, del 13 al 18 de junio de 1994 se celebró el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, con asistencia de 224 congresistas, representantes de Ministerios de Defensa y de Justicia, de Tribunales Ordinarios y Castrenses, de las Fuerzas Armadas y de Universidades e Instituciones interesadas, pertenecientes a 47 Estados. Entre los asistentes figuraron representaciones del Ministerio de Defensa de España y de los Cuarteles Generales de la Armada y del Ejército del Aire de nuestro país.

Los debates de los reunidos se centraron en dos temas principales: «Operaciones y problemas jurídicos relativos a las Fuerzas Armadas, derivados del cumplimiento del orden jurídico internacional» y «La garantía de la paz internacional por medio de observadores militares, del control y de la verificación». Asimismo, tuvieron lugar con ocasión del Congreso las reuniones de tres Comisiones Especializadas, una de Criminología Militar, que estudió «Los inconvenientes para la persecución de los criminales de guerra en el marco del Derecho Internacional Convencional»; otra de Protección de la Vida Humana en los Conflictos Armados, que se dedicó al estudio de «La gestión, desde el punto de vista jurídico, de los conflictos no internacionales»; y una tercera Comisión de Asuntos Generales, que atendió a «La aplicación del Derecho Penal y Disciplinario militar en las Fuerzas Multinacionales».

Como preparación de la reunión, la Asociación había remitido a los diferentes Grupos Nacionales cuestionarios relativos a los dos temas generales, solicitando información, para el primero, sobre si los sistemas jurídicos de los diferentes Estados contemplan la posibilidad de que sus Fuerzas Armadas sean utilizadas en misiones de mantenimiento del orden jurídico o de intervención humanitaria, concretando, en su caso, las misiones que permiten los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales en actuaciones de fuerzas multinacionales, así como la posibilidad de que puedan llevarse a cabo tales misiones fuera de un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. También se solicitaba información sobre la

posibilidad de que las Fuerzas Militares de los países actúen en el marco de los acuerdos regionales, según el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, interesando aclaraciones sobre si, en caso afirmativo, era necesario un previo acuerdo o tratado internacional, y sobre la posibilidad de participar, en este concreto ámbito, en otras acciones, tales como las que tienen un fin humanitario u otros objetivos análogos. Dado que la realización de tales misiones entraña una integración en estructuras internacionales de fuerza, se interesaba también información sobre la posibilidad de la subordinación de las Fuerzas Armadas de los Estados a mandos extranjeros, la adopción de medidas disciplinarias por tales mandos, mecanismos jurisdiccionales y criterios jurídicos aplicables en tales supuestos, con aclaración de la posibilidad de que participen en estas misiones quienes realizan el servicio militar obligatorio y, en caso afirmativo, en qué condiciones, así como de que sean llamados a filas los reservistas a dicho objeto. El cuestionario hacía también referencia a la responsabilidad deducible del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Guerra, resolución de las divergencias entre los criterios de los diferentes Estados en relación con esta cuestión, y aceptación de reglas uniformes. En el aspecto del personal, se preguntaba por el régimen de ascensos, retribuciones, retiros, etc., en el caso de que exista como régimen jurídico administrativo específico por el hecho de la participación en las misiones que se consideran, así como sobre la existencia de una especial preparación del personal para participar en estas operaciones, y sobre la posible colaboración entre diferentes Estados al objeto de prestarse las ayudas necesarias para mejorar esa formación. Finalmente, el cuestionario formulaba la pregunta de si, como resultado de los cambios políticos que se hubieran producido en los diferentes Estados, se habían adoptado medidas de democratización de las Fuerzas Armadas, y sobre si habían sido o se estiman necesarios cambios en el ordenamiento constitucional y en la legislación penal y disciplinaria militar, así como en el ordenamiento de la actuación jurisdiccional castrense.

El tema fue debatido en sesiones de trabajo presididas por el Doctor Krüger-Sprengel, del Ministerio de Defensa de Alemania y por el Col. James Burger, del Cuartel General de las Fuerzas Norteamericanas en Alemania, tras una exposición que sirvió de introducción, efectuada por la Doctora Sybesma-Knol, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Bruselas. El Col. Fathy el Mizouni, del Ministerio de Defensa de Túnez, presentó el informe general, en el que se examinaron sistemáticamente las respuestas de los distintos grupos nacionales. En el debate si-



guiente a la exposición del informe general intervinieron el Profesor Mustapha Mehedi, de la Universidad de Orán, el Doctor Marc Offermans, Consejero Jurídico del Ministerio de Defensa de Bélgica, y el Doctor Erich Kussbach, Presidente de la Comisión Internacional de Establecimiento de Hechos, de Austria.

Las conclusiones de los trabajos, que partieron de la posible desaparición del principio de no intervención en asuntos pura y exclusivamente internos, lo que exige la definición clara de la «Ingerencia», considerando como tal a la intervención subrepticia en los asuntos internos de un país, y excluyendo los supuestos en que la intervención resulta ser necesaria de acuerdo con los principios de la filosofía, la moral, y el Derecho Internacional, siempre que tales asuntos internos trasciendan y afecten a la paz y a la seguridad internacional, se centraron en la necesidad de establecer regímenes jurídicos nacionales que organicen la participación de las Fuerzas Armadas en misiones internacionales, estimando no ser suficiente la toma de conciencia que hoy en día concurre en la sociedad internacional; igualmente se consideró necesaria la determinación del Estatuto de las Fuerzas Armadas implicadas en las misiones multinacionales y la definición y establecimiento de un Acuerdo Marco a aplicar en el país anfitrión y en los países limítrofes, todo ello de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, partiendo de la necesidad previa de la aceptación de las fuerzas visitantes por el país anfitrión, problema este difícil de resolver, en especial en los casos de urgencia y en los supuestos de vacío de poder.

Igualmente se estimó necesario preestablecer la jurisdicción competente que habría de juzgar a los militares que cometieran delitos en operaciones en el extranjero formando parte de contingentes multinacionales, y fijar el estatuto de los miembros de los contingentes civiles.

Finalmente, se subrayó la importancia de establecer las bases de una cooperación para la preparación de las Fuerzas Armadas mediante programas comunes, intercambio de experiencias, formación en el Derecho Humanitario y preparación psicológica que permita facilitar las relaciones con los pueblos asistidos, de forma que se evite la necesidad de tener que acudir a la fuerza para que, quienes se integran en los contingentes en misiones para el mantenimiento de la paz, puedan hacerse respetar.

El segundo tema general, «La garantía de la paz internacional por medio de observadores militares, del control y de la verificación», fue también preparado mediante el envío de un detenido cuestionario en el que se preguntaba a los Grupos Nacionales por los acuerdos internacionales sus-

critos por sus Estados en materia de verificación, actitud de los Estados en la elaboración de leyes y adopción de otras medidas internas para cumplir las obligaciones internacionales en la materia, medidas de control del desarrollo de armas de acuerdo con el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, régimen de los equipos de inspección propios y de Fuerzas Armadas ajenas que operen en el país, restricciones geográficas o de hecho que limiten el control de la verificación, puntos particulares para la verificación, con análisis concreto de los sistemas y regímenes propios de las verificaciones aérea, marítima y terrestre, procedimientos para iniciar o dar conocimiento de movimientos militares, régimen de discordancias, en su caso, y experiencia y coordinación con Fuerzas Armadas amigas y colaboración y puesta a disposición de expertos.

La reunión de trabajo fue presidida por el Mayor General Arno Döremberg, del Ministerio de Defensa de los Países Bajos, asistido por el Doctor Walter Gehr, interviniendo el Profesor Doctor Rudolf Avenhouse, de la Universidad de las Fuerzas Armadas de Alemania. El informe general fue presentado por el Embajador, Doctor Winfried Lang, de Austria, con la colaboración del Doctor Walter Gehr; en él se hace un examen detallado de las respuestas de los diferentes Grupos Nacionales a cada una de las preguntas del cuestionario, acompañando a tal examen minucioso de un comentario general en el que se destaca que el contenido esencial del trabajo, la verificación y la conformidad con los acuerdos multilaterales, no ha sido objeto de tentativa de definición por parte de ninguno de los Grupos que contestaron, siendo así que una interpretación común de los conceptos de verificación y conformidad habría permitido tener una aproximación más sistemática al problema. En consecuencia, el informador general se permite proponer unas definiciones preliminares al objeto de conseguir encontrar una base común para los debates del Congreso, definiciones establecidas a partir de un informe preparado por el grupo de expertos gubernamentales acreditados, designado por la Secretaría General de las Naciones Unidas de acuerdo con la resolución 43/81 adoptada por la Asamblea General el 7 de diciembre de 1988. El concepto de verificación se establece en relación con un proceso que determina si los Estados participantes respetan las obligaciones que han asumido en el marco del acuerdo, incluyendo la recogida de informaciones relativas a las obligaciones en el marco de tratar de la limitación de armas y el desarme, y análisis de las informaciones, así como una conclusión que valora si las condiciones generales han sido respetadas. La conformidad se refiere al comportamiento real de los participantes en lo que concierne a las disposiciones de un acuerdo obligatorio.

A los términos antes examinados, el Ponente añadió dos conceptos suplementarios para aumentar la claridad: «la transformación en norma interna» como referencia a las medidas que un Estado debe tomar a fin de introducir los instrumentos públicos internacionales en su legislación nacional, y «la aplicación nacional» como referencia a las medidas que deben adoptarse en función de la Constitución de cada Estado para que un instrumento jurídico entre en vigor. Sobre estos principios conceptuales se establecieron las etapas mediante las cuales se produce la incorporación de un tratado internacional a la legislación nacional, significando que, con independencia de ello, la verificación internacional de la conformidad a un tratado supone la adopción de medidas concretas que superan un marco puramente jurídico, y que referidas a las medidas a adoptar en atención a los compromisos deducidos de las obligaciones de reducción de armamentos, se encuentran centradas en los 16 principios de verificación desarrollados por la Comisión para el Desarme, y que podríamos exponer resumidamente en los puntos siguientes: una verificación adecuada y eficaz es un elemento esencial en los tratados de limitación de armamento y desarme, aun cuando no es un fin en sí mismo, sino un medio en el proceso de control de la aplicación de los tratados, que debería asegurar la aplicación de las medidas que garanticen la limitación o el desarme, crear un clima de confianza entre los Estados y asegurar el respeto de los tratados por todos los participantes; asimismo implica la aplicación de diferentes técnicas, tanto nacionales como internacionales, y diferentes procedimientos, comprendiendo las inspecciones sobre el terreno; se estima conveniente una mayor apertura a la verificación del proceso de limitación de armamentos y desarme. En relación con los tratados de limitación de armamento y de desarme se considera que estos tratados deberían incluir disposiciones explícitas estipulando que los participantes se comprometen a no entorpecer el desarrollo de los métodos, procedimientos y técnicas de verificación convenidas, siempre que sean utilizadas de acuerdo con las disposiciones del propio tratado, y si han sido reconocidas como principios de Derecho Internacional, así como a no utilizar deliberadamente procedimientos de simulación que perjudiquen la verificación realizada de conformidad con el tratado, debiendo incluir también procedimientos y mecanismos para el control a fin de evaluar si el sistema de verificación es adecuado y eficaz. En relación con la eficacia de la verificación se estima necesaria la existencia de disposiciones que garanticen la posibilidad de obtener, de manera oportuna, normas claras y convincentes de la conformidad o no conformidad. Igualmente, se considera que las solicitudes de inspección o de infor-

mación de acuerdo con las disposiciones de un tratado de limitación de armas y de desarme deben ser consideradas como componentes normales de un proceso de verificación, debiendo tener como único objetivo la determinación de la conformidad, debiendo ser evitado todo abuso. La verificación debe ser efectuada sin discriminación y atendiendo únicamente a su propio fin evitando ingerirse indebidamente en los asuntos internos de un Estado miembro o de perjudicar su desarrollo económico, tecnológico o social, debiendo ser aplicado a todas las armas, las instalaciones, locales y actividades para ser realmente adecuado y eficaz.

La Comisión especializada en Criminología Militar, bajo la presidencia del Magistrado militar Carl Ivar Skarstedt, Presidente del Tribunal de Apelación para Suecia del Norte, discutió en mesa redonda las cuestiones relativas a los «Inconvenientes para la Persecución de los Crímenes de Guerra en el marco del Derecho Internacional Convencional», siendo motivo de discusión las dificultades que plantea el actual orden jurídico internacional para la eficaz persecución de estos delitos. Fueron objeto de especial consideración las circunstancias correspondientes a los crímenes de guerra que se están cometiendo en la antigua Yugoslavia, aportándose por parte española la reciente publicación de la Ley Orgánica 15/94, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Humanitario, cometidas en el citado conflicto armado, analizándose el alcance de la Ley, el marco jurídico para la prestación de la cooperación, que arranca de la resolución 897/93 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y del Estatuto del propio Tribunal, estableciendo las Autoridades competentes, la preeminencia de la jurisdicción del Tribunal Internacional sobre la española, actuaciones de detención y entrega de residentes en España y previsiones para el cumplimiento de las penas.

La Comisión de Protección de la Vida Humana en los Conflictos Armados estudió, también en mesa redonda, bajo la presidencia del Coronel Emg Frederic de Mulinen, de Suiza, «La gestión desde el punto de vista jurídico de los conflictos no internacionales».

En esta mesa redonda fue punto de partida destacable la exposición de la Delegación del Perú sobre la administración de la Justicia Militar frente a la problemática del terrorismo, subversión y derechos humanos actualmente existente en dicho país, afirmando que en su Estado la justicia militar viene desarrollando en el momento actual una labor excepcional, coadyuvando con su actuación a la pacificación regional en que se encuentran empeñadas todas las instituciones del país, y justificándola en la situa-

ción de emergencia por la que el Perú atraviesa, afirmando que, tan pronto como vuelva a la normalidad, la Jurisdicción Militar dejará de tener competencia sobre los delitos de terrorismo. En la discusión consiguiente se sentó la premisa de la diferencia entre las situaciones de desorden interno y las que son propiamente constitutivas de conflictos armados no internacionales, afirmándose que el delito de terrorismo no constituye en sí mismo una situación de guerra y que el hecho de que sea evaluado por Tribunales militares o civiles no modifica su propia calificación. Se estableció la necesidad de diferenciar los conflictos internos de las situaciones internas de desorden, siendo de aplicación a los conflictos internos los principios del Derecho Humanitario en virtud de las disposiciones recogidas en los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales, en tanto que las situaciones de desorden interior quedarán sometidas al régimen de derechos humanos generalmente utilizados en la aplicación del régimen jurídico interno. En relación con los verdaderos conflictos internos, como situaciones de guerra civil, se planteó el problema de la legislación penal aplicable en el caso de que, como consecuencia de un movimiento revolucionario, el gobierno de derecho desapareciera, y con él decayeran las instituciones estatales de un régimen político anterior sin un proceso democrático de adaptación.

La Comisión de Asuntos Generales consideró el tema relativo a «La aplicación de la Ley Penal Militar y de la Ley Disciplinaria en las fuerzas multinacionales». La mesa redonda fue presidida por el Doctor Seerp B. Ybema, Director de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa de los Países Bajos, interviniendo en la discusión los Generales Loos, de Austria, y Butmé, de Francia. Todos los intervinientes partieron de la admisión fáctica de la aplicación de la Ley Penal nacional militar de cada contingente integrado en fuerzas multinacionales, suscitándose cuestiones referentes a policía militar, conectadas con el mantenimiento de la disciplina militar, y pronunciándose la mayoría de los asistentes a favor de aceptar una policía militar común con competencia sobre las fuerzas de todos los ejércitos integrantes de una fuerza multinacional de Naciones Unidas, en funciones de vigilancia, prevención, identificación, e incluso detención de personal, pero con atribuciones de mera denuncia al Comandante competente en materia disciplinaria. Se consideró, en relación con el establecimiento de unas normas disciplinarias únicas para todas las fuerzas multinacionales de las Naciones Unidas, que si bien ello entraña una postura doctrinal generalmente aceptada, plantea en el momento presente graves dificultades para su concreción normativa. Por parte española se expuso que, con indepen-

dencia de la cesión de soberanía que podía suponer una Ley Disciplinaria común, existían razones estrictamente jurídicas que la haría difícil; se subrayó la diferencia de mentalidades de los componentes y Comandantes de las diferentes fuerzas integradas, la diversidad de sistemas u ordenamientos jurídicos, los distintos medios de instrucción y de exigencia de deberes, la diferente interpretación de los derechos individuales y libertades públicas reflejados en las distintas Constituciones, tanto a nivel de opinión general como de su concreción en la aplicación de la Ley Disciplinaria por los diferentes mandos militares, y, finalmente, el derecho constitucional, específicamente recogido en el régimen constitucional español, de todo ciudadano, incluyendo también al soldado, al Juez ordinario previamente determinado por la Ley. Todo ello subrayó la dificultad del establecimiento de una Ley Disciplinaria de aplicación multinacional elaborada por Naciones Unidas, concluyendo la Comisión por estimar que un sistema internacional disciplinario militar es prematuro en el momento presente, siendo conveniente establecer un procedimiento que garantice la comunicación de hechos y pruebas a cada Comandante nacional para la adopción de la resolución disciplinaria correspondiente. Se estimó, también, que deben difundirse las experiencias de las fuerzas multinacionales para perfeccionar las intercomunicaciones en materia disciplinaria y de policía militar, considerándose esencial la enseñanza de pautas de comportamiento conforme a reglas disciplinarias y con observancia de las leyes de la guerra, debiendo darse los pasos necesarios para potenciar en los diferentes países las medidas legislativas tendentes a la uniformidad que permitan acceder a una posible Ley Disciplinaria elaborada por las Naciones Unidas, para lo cual se consideró preciso definir las normas éticas de actuación del militar en las operaciones, tanto multinacionales como uninacionales, promovidas por la Organización de las Naciones Unidas. Se concluyó estimando que el establecimiento de un código de conducta militar, de contenido esencialmente ético, de los cascos azules, es necesario y ha de ser previo al establecimiento de un sistema disciplinario multinacional aplicable a estas operaciones.

Con independencia de las sesiones de trabajo, tuvieron lugar diferentes actos sociales, de los que deben destacarse la recepción ofrecida por el Doctor Erwin Pröl, Gobernador de la Baja Austria, el Profesor August Breiningner, Alcalde de Baden y el Casino de Austria; la recepción ofrecida por el Doctor Alois Mock, Ministro Federal de Asuntos Extranjeros de Austria, y la ofrecida por el Doctor Werner Faslabend, Ministro Federal de la Defensa de Austria. Igualmente tuvieron lugar, con motivo de la

reunión, un baile de gala en el Schlosshotel Weikersdorf y un banquete de clausura en el mismo hotel. Finalmente, los congresistas que pudieron permanecer un día más en Baden tuvieron ocasión de efectuar un cruce a través del río Wachau el sábado 18 de junio, y fuera ya del programa científico.

Javier Aparicio Gallego

## CURSO DE DERECHOS HUMANOS EN LA REPUBLICA CENTRO-AMERICANA DE EL SALVADOR DURANTE LOS DIAS 11 AL 13 DE MAYO DE 1994

Durante los días 11 al 13 de mayo de 1994, se ha desarrollado en la República Centroamericana de El Salvador un curso de Derechos Humanos destinado a Generales, Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas de diversos países centroamericanos y de la región andina, con especial presencia de miembros de los Servicios Judiciales y Jurídicos de los Ejércitos de los mismos países. La Delegación española, compuesta por el Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa, General Otero Deus, los Coroneles Auditores Corrales Elizondo y Mozo Seoane y el Teniente Coronel Auditor García Labajo, fue la encargada de la organización del curso así como de impartir las distintas conferencias.

Los países representados, además de España y El Salvador, fueron Bolivia, Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua y Venezuela.

El curso estuvo enmarcado en las actividades programadas a través del Convenio firmado entre la Secretaría de Estado de Administración Militar y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, Convenio dentro del cual el Asesor Jurídico General ha participado asimismo, a lo largo del presente año 1994, en distintas reuniones y talleres de expertos sobre la materia.

El objetivo de la programación iniciada es una aproximación al estudio de los Derechos Humanos en relación a las funciones y misiones a desarrollar por las Fuerzas Armadas, partiendo de los diversos cometidos de las mismas en la Comunidad Internacional en general y en la Comunidad de países iberoamericanos en particular.

Una primera parte estuvo dedicada al encuadramiento general de los Derechos Humanos, su naturaleza, clasificación y regulación internacional, partiendo fundamentalmente de la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948, el Convenio de Roma de 1950, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de Costa Rica de 1969. En las siguientes sesiones se abordó el tema



de la dignidad de la persona, los derechos protegidos, partiendo del derecho a la vida y siguiendo el orden de estudio de las convenciones internacionales, la protección judicial de los derechos, con inclusión del derecho a la presunción de inocencia y a la problemática de la detención, así como el ámbito penitenciario. Siguió una sesión sobre la protección internacional de los Derechos Humanos y los procedimientos internacionales de protección, tanto en Europa como ante la Comisión y Tribunal Interamericano. Se celebró asimismo una Mesa Redonda sobre la justicia militar de los distintos países, para culminar, en la sesión de clausura con conferencias de un Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un profesor universitario español y el General Otero, que desarrolló el tema *Democracia, Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*.

Las sesiones fueron ampliamente participativas y puede considerarse que se cubrieron los objetivos que no son otros que la difusión del respeto a los Derechos Humanos en las Fuerzas Armadas en los Estados democráticos, labor esta en la que la Secretaría de Estado de Administración Militar, a través de la Dirección General de Enseñanza y la Asesoría Jurídica General del Ministerio, colabora con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos respecto de los países de Centroamérica y de la Región Andina.

Agustín Corrales Elizondo

## VISITA A HUNGRÍA DE UNA DELEGACION JURIDICA ESPAÑOLA

En el marco del Plan de Contactos Hispano-Húngaros 94, se desarrolló, entre el 25 y el 29 de abril de 1994, en Hungría, una visita de una Delegación Jurídica del Reino de España a fin de desarrollar el campo de cooperación atinente a la jurisdicción marcial.

La realización de dicha visita se inscribe en el ámbito de la cooperación entre los correspondientes Ministerios de Defensa y particularmente entre los respectivos Cuerpos a quienes legalmente se encuentra encomendada tanto el ejercicio jurisdiccional en el ámbito castrense como la función de asesoramiento legal; los objetivos eran, en un sentido genérico, el conocimiento general de los respectivos sistemas jurídicos (organización, estructura, funcionamiento, procedimientos, problemática general) y el conocimiento, en detalle, del sistema de la Fiscalía Jurídico-Militar.

1. El 26 de abril, comenzó, en la sede de la Fiscalía General Militar, la primera reunión de ambas Delegaciones. Por parte húngara, se procedió a realizar una introducción histórico-jurídica acerca del origen, evolución y situación actual de la legislación militar y la Fiscalía Militar húngaras, deteniéndose, en concreto, en la incardinación de la Fiscalía en la Administración de Justicia húngara, su relación con el Fiscal General del Estado y con la dirección militar. Especial interés despertó, en los miembros de la Delegación española, su detallada descripción de la estructura judicial hasta 1992, y la muy pormenorizada exposición relativa a la reforma que entró en vigor el 1 de enero de 1992, por mor de la cual la Sala Militar del Tribunal Supremo se unificó con la de lo Penal.

Se analizó la función de la Fiscalía Militar, que desde la Ley de 1953 forma parte integrante de la Fiscalía General del Estado, sin dependencia del Ejecutivo, directamente subordinada al Parlamento, y que conoce tanto de cuestiones penales como de índole económica y administrativa, inspecciona las investigaciones por delito, ejerciendo, además, en su caso, como autoridad acusatoria. En ciertos supuestos, puede la Fiscalía llevar a cabo diligencias de investigación por sí misma. El Fiscal General del Estado, elegido por el Parlamento, tiene tres suplentes (para los asuntos militares, penales y el resto), el primero de los cuales es el Fiscal General Militar,

suplentes que son nombrados por el Presidente de la República y de los que uno es el militar.

Tras los acontecimientos de 1989, y el cambio de régimen político, el sistema trata de adaptarse al pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, y si en 1990 se produjo una drástica disminución de competencias (reducidas entonces a asuntos penales sobre militares y policías), a partir de 1992 se produjo una recuperación de aquellas facultades o competencias, extendiéndose las mismas al conocimiento de asuntos no penales relativos a militares y a asuntos penales y no penales que afectaren a no militares y a los intereses del Ejército. Únicamente se carece, ahora, de competencias para conocer, en lo atinente a militares, de los delitos comunes cometidos fuera del servicio o lugar militar por los militares, aunque desde 1992 no hay competencia respecto al personal civil del Ejército.

A su vez, la Ley de mayo de 1993 sustrajo del «poder del comandante» el castigo penal por faltas cometidas dentro de la Unidad, dejándole la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias.

A continuación, se pasó a hacer una somera exposición de los medios jurídicos para la protección de la disciplina militar en Hungría, con especial detenimiento en la reglamentación jurídica del Derecho Penal Militar y Disciplinario, distinguiendo la sanción de los delitos y de los actos calificados como faltas, respecto a las que se atribuye al Comandante la competencia sancionadora, limitándose los miembros de la Fiscalía y del Cuerpo Jurídico a brindarle ayuda técnica al efecto; el instrumento legal conferido al Comandante es la potestad premial, en su doble vertiente de elogio o castigo.

Finalmente, se expusieron las tareas atribuidas a los miembros del Ministerio Fiscal fuera de los límites del Derecho Penal. Entre tales funciones, destaca la defensa de los derechos constitucionales conferidos a las personas y al Estado, la cooperación con los Comandantes de Unidades para el mantenimiento de la disciplina, la difusión de actividades jurídicas en el ámbito castrense y la atención al público en asuntos relativos a temas de defensa. Ejercen, asimismo, la inspección general disciplinaria, para vigilar el cumplimiento de la normativa disciplinaria y el respeto de los procedimientos legales, la cooperación con los Comandantes para combatir la criminalidad tanto dentro como fuera de las Unidades, y la difusión, dentro de éstas, de la legislación militar y el Código Penal. Finalmente, puede ser requerida su intervención por cualquier miembro de las Fuerzas Armadas sin pasar, previamente, por el Comandante respectivo, y se encargan de la in-

investigación de las causas de las que en Hungría se denominan «muertes inesperadas» (suicidios) acaecidas en el interior de los recintos militares (anteriormente, este tipo de muertes de miembros de las Fuerzas Armadas eran investigadas por el Fiscal, ya ocurrieran dentro o fuera de recinto militar).

A continuación, se procedió, por parte española, a exponer el sistema jurídico militar español vigente.

Tras una breve introducción histórica, con especial detenimiento en el sistema arbitrado por el Código de 17 de julio de 1945 y su reforma por Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se hizo una exposición de la reforma legal operada a partir de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, tanto en materia disciplinaria, instrumento legal indispensable para, con sujeción a los principios emanados de la Constitución de 1978, garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y demás normas que rigen la Institución Militar, así como el cumplimiento de las órdenes del Mando y del respeto del orden jerárquico, como en materia jurisdiccional, en sus aspectos sustantivo (con el Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), orgánico (con la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, aprobada por Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio) y procesal (con la Ley Procesal Militar, aprobada por Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril). Tras exponer los principios de respeto al derecho de contradicción, legalidad, publicidad, imparcialidad, etc., que presiden el régimen disciplinario, se expuso brevemente los diversos tipos de faltas y sanciones, autoridades con competencia sancionadora, los procedimientos sancionadores legalmente previstos para cada tipo de infracción disciplinaria y las diferentes clases de sanciones con que pueden retribuirse las faltas, según su naturaleza, haciendo mención, finalmente, tanto del régimen de recursos previsto en vía administrativa como el previsto en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, tanto el contencioso-disciplinario militar ordinario como el preferente y sumario previsto en el art. 518 de este Texto Legal. Se entró, a continuación, a exponer el régimen penal militar, tanto en su aspecto sustantivo, con referencia al Código Penal Militar, como en su aspecto adjetivo, con referencia la Ley Rituarial Marcial; objeto de especial detenimiento fue el sistema de tipificación, a base, en general, de delitos de propia mano o con un sujeto activo calificado por su condición de militar, con los consecuentes efectos en el ámbito competencial y exponiendo, brevemente, la posibilidad de participación del *extraneus* en los delitos militares. En el aspecto orgánico, y tras una breve exposición de los criterios que presiden la Ley Orgánica

4/1987, de 15 de julio, se hizo una rápida exposición de la composición y atribuciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, del Tribunal Militar Central, de los Tribunales Militares Territoriales y de los Juzgados Togados Militares, tanto Centrales como Territoriales. Especial atención se dedicó al análisis del Título IV de la aludida Ley Orgánica 4/1987, concerniente a la Fiscalía Jurídico Militar, analizando la composición y funciones de los órganos propios de la misma, tanto la Fiscalía Togada como los demás órganos de la Fiscalía Jurídico Militar. Por último, se procedió a hacer una exposición tanto del ejercicio, en el ámbito jurisdiccional militar, del derecho de defensa, como de la acusación particular y la acción civil, finalizando con la legitimación especial otorgada, en el recurso de casación, a los Mandos Militares Superiores, en atención a lo prevenido en el art. 111 de la Ley Orgánica 4/1987 y haciendo alusión a lo prevenido en el Real Decreto 421/1988, de 29 de abril.

La Delegación fue, a continuación, recibida por el Secretario Político de Defensa de Hungría. Tras exponer el Secretario Político las líneas que presiden la actuación de su Departamento, y la aspiración subyacente de integración en las organizaciones eurooccidentales, tanto políticas como militares, adecuando su legislación a las exigencias que aquella eventual integración exija, por parte española se realizó una exposición de los principios fundamentales inspiradores de la reciente legislación militar española en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, en materia jurisdiccional, disciplinaria, penal y de personal. A requerimiento del Secretario Político hubo de desarrollarse ampliamente alguno de tales aspectos, dado el marcado interés que su exposición había suscitado, especialmente en materia de protección de los derechos humanos, de su reconocimiento y protección.

2. El miércoles 27 de abril de 1994, la Delegación inició una visita a la Fiscalía Militar de Győr.

En primer término, el Jefe de la aludida Fiscalía Militar procedió a exponer las líneas de la competencia y del proceso de investigación de la Fiscalía Militar de Primera Instancia. Hizo referencia al ámbito de competencia *ratione personae* y *ratione materiae* (los delitos militares son los que se encuentran cobijados en el Código Penal, junto con los delitos comunes, no existiendo, pues, como textos separados, el Código Penal común y el militar —la normativa procedimental es, también única—).

Se analizaron las infracciones estadísticamente más frecuentes y se procedió a analizar los hechos que se subsumen bajo la genérica denominación de «incumplimiento de los deberes del servicio», locución en la que

se incardinan la insubordinación, la desobediencia, la sedición, el insulto de palabra u obra al Comandante, la deslealtad, etc..

La protección al inferior y a sus derechos se consagra en el castigo del abuso de autoridad, la omisión del deber de llevar a cabo la inspección obligatoria de los servicios, y la puesta en peligro, sólo en caso de guerra, de los deberes bélicos militares.

Respecto a los castigos, mientras que las infracciones pueden ser sancionadas, como máximo, con un año de reclusión, los delitos se castigan con prisión (que si no excede de un año, puede cumplirse en un recinto militar y si excede de dicho límite se cumple en prisión común), trabajos de interés público y multa (si bien a los militares —ni siquiera a los de reemplazo— no puede imponérseles la pena de trabajos de interés público).

Se admite la *probation*, o remisión condicional de la pena privativa de libertad impuesta, en ciertas condiciones y desde 1990, y por haberla declarado inconstitucional el Tribunal Constitucional, no hay pena de muerte en Hungría.

Las penas accesorias para militares son la degradación, la prolongación del tiempo para el ascenso, el cese en el servicio y la privación de grado.

Se procede, a continuación, por parte española a realizar una exposición acerca de la estructura orgánica de la jurisdicción militar española, comenzando por la concepción constitucional de la misma restringiéndola al ámbito estrictamente castrense, de conformidad con el art. 117.5 del texto constitucional, y deteniéndose en las innovaciones contenidas en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, texto que, respondiendo a las corrientes doctrinales del derecho comparado, a las exigencias de la sociedad y a los valores tradicionales de la Institución militar, se propone asegurar una eficaz administración de la justicia castrense, para lo cual atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando, a los que, tradicionalmente, se había conferido el ejercicio de la jurisdicción, si bien al objeto de que puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de las Fuerzas Armadas, se les confiere legitimación especial en el recurso de casación. Especial interés suscitó en la parte húngara la garantía de la independencia de los órganos judiciales, en el seno de la jurisdicción castrense, articulada a través de la consagración de los principios de inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la Ley de quienes desempeñen tal función, así como el sistema de constitución de los órganos jurisdiccionales, tendente a garantizar su predeterminación, y especialmente mediante la tecnificación de la función, encomendando tanto la

instrucción (en su integridad, salvo el supuesto de los atestados) como la función de juzgar propiamente dicha (si bien con un sistema de escabinado) a los miembros del Cuerpo Jurídico. Dado el interés mostrado al respecto por la parte magiar, la tecnificación jurídica de los órganos jurisdiccionales, que ha tratado de compaginarse con la tradicional composición mixta de los Tribunales militares fue objeto de detenido análisis, poniendo, asimismo, en relación dicho sistema con el proyecto de introducción, en el ámbito penal ordinario de la institución del juicio por Jurado, comentando las líneas que inspiran el Proyecto de Ley recientemente presentado por el Gobierno.

Finalmente, se plantea la organización de los Tribunales militares, en la doble realidad de tiempo de paz y tiempo de guerra, con especial determinamiento en el primer supuesto. A tal efecto, la creación de la Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, con la consiguiente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sujeta en su régimen y en el estatuto de sus miembros a las mismas normas que las demás Salas del Alto Tribunal y entendida como la unidad, en el vértice, de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial, fue objeto de detenido análisis; la composición de dicha Sala por Magistrados procedentes de la jurisdicción ordinaria y de la militar, como garantía de ponderación en una actuación jurisdiccional del más elevado rango, determinó que la parte húngara solicitara varias aclaraciones sobre el concreto extremo de que se trata, habida cuenta de la reciente avocación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo húngaro de las competencias al respecto sobre la jurisdicción militar, que detentaba la Sala de lo Militar. Se expuso, a continuación, la composición del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales, en los que aparece ya el escabinado y que soportan el peso de la actividad jurisdiccional, distribuida en función del empleo de los encausados, a fin de respetar la jerarquía militar. Finalizó la exposición con una breve síntesis de la planta de la jurisdicción militar, determinada por la Ley 9/1988, de 21 de abril, en relación con lo prevenido en los arts. 44 y 59 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Se expuso la nueva estructuración dada a la Fiscalía Jurídico-Militar, que se hace depender del Fiscal General del Estado y se integra en el Ministerio Fiscal, organizándose, bajo la indicada dependencia, los niveles de su posible actuación, a saber, Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Tribunal Militar Central y Tribunales Militares Territoriales, fijándose *ope legis* las funciones que, por delegación, han de ejercer cada uno de tales niveles orgánicos; la misión de promover la actuación de la justicia, la actuación, de oficio o a petición de los interesados, en defensa de la lega-

lidad y de los derechos e intereses tutelados por la Ley y la salvaguarda de la independencia de los órganos judiciales militares, como funciones más importantes del Ministerio Fiscal, fueron objeto de detallada consideración. Asimismo, se hizo mención de las características principales que informan el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la sujeción del mismo, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad y observancia de los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, haciéndose alusión a las facultades legalmente conferidas al Ministro de Defensa tanto para interesar, por conducto del Ministro de Justicia, del Fiscal General del Estado que promueva ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público en el ámbito castrense, como para impartir al Fiscal Togado órdenes e instrucciones referentes a las actuaciones que deban adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, así como en defensa del interés público en el ámbito militar, y para recabar, cuando no haya impedimento legítimo para ello, del Fiscal Togado, información sobre los asuntos en que este intervenga. Especial interés suscitó en la parte húngara la apertura, en virtud de las previsiones de la Ley Orgánica 4/1987 y en la forma determinada en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, de los procedimientos militares a los derechos de inculpados y perjudicados. La garantía de la defensa letrada sólo tiene las excepciones deducidas de las especialidades derivadas de situaciones excepcionales fuera de territorio nacional y en buques navegando; la admisión de la actuación del acusador particular y el actor civil sólo se exceptiona, siguiendo la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, en el caso de que el autor de hecho y el perjudicado fueren militares y mediare entre ellos relación de subordinación.

3. El 28 de abril la Delegación fue recibida, en la ciudad de Veszprém, por el Comandante de las Fuerzas de Defensa Antiaérea de las Fuerzas de Defensa de Hungría, en el Cuartel General de dichas Fuerzas, sito en las proximidades de la prerreferida población, quien dió a conocer, en detallada exposición, la estructura y funcionamiento de la Institución de su mando, de acuerdo con lo estipulado en el apartado 27 del Capítulo V de los Principios Básicos de Defensa Nacional, adoptados por Resolución del Parlamento en sesión de 14 de abril de 1993 («Principios Básicos de la Defensa Nacional de la República de Hungría»).

Por parte española, se efectuó una exposición del régimen jurídico por el que se rigen las Fuerzas Armadas españolas, desde la previsión constitucional contenida en el art. 8 del Primer Cuerpo Legal, al régimen de



derechos y deberes diseñado en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas, en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional en la organización militar, en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de Estados de Excepción, Alarma y Sitio y en la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado.

Especial atención se dedicó al Régimen Disciplinario articulado en la Ley Orgánica 12/1985.

El citado día 28 de abril, la Delegación española celebró, en la sede del Ministerio de Defensa húngaro, en Budapest, una interconsulta en el Departamento Legal y de Administración Pública con una Delegación encabezada por la Jefe del expresado Departamento.

Procedió, en primer término, la parte húngara a exponer las líneas maestras de la legislación más reciente en materia militar proyectada por su Departamento; tras exponer la organización del Ministerio, señaló que la legislación emanada desde el cambio de régimen político tiende a garantizar los derechos fundamentales, sujetar a la ley todas las decisiones y órganos, dar satisfacción a viejas reclamaciones y adecuar los cuadros de mando a las necesidades actuales. Especialmente, citó la ley que reconoce el derecho a percibir pensión a heridos, mutilados, viudas y huérfanos de fallecidos durante la Segunda Guerra Mundial, de la que fueron privados en 1947-1948. La reducción de cuadros de mando plantea problemas presupuestarios y humanos. La necesidad de adecuar la legislación nacional a las líneas maestras que señalan los Instrumentos Internacionales garantes de los derechos humanos, que considera plenamente conseguida, es un primer peldaño superado para la integración de Hungría en las Organizaciones económicas y defensivas europeas, tal y como lo hizo, en su momento, España, cuyo proceso de adhesión considera un modelo muy interesante.

Por parte española, tras hacerse una breve exposición de la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, se procedió a una detallada exposición de las funciones atribuidas legalmente tanto a la Asesoría Jurídica General de dicho Departamento como a las Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales respectivos, detallando las principales áreas en que se ejerce la función asesora en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Se distinguió, a continuación, la función jurisdiccional y los órganos encargados de la misma, integrantes del Poder Judicial del Estado. El carácter de la Fiscalía, distinto al que presenta en Hungría, fue detalladamente expuesto, con consideraciones de Derecho comparado respecto a

Francia e Italia. Se hizo, tras ello, una breve exposición de la evolución de la legislación española desde 1978, deteniéndose especialmente en materias relativas a amnistía, reconocimiento de derechos funcionariales, económicos y pasivos a quienes se vieron afectados por las consecuencias de la guerra civil, etc..

Se pasó, a continuación, a realizar una detallada exposición del proceso de integración de España tanto en las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) como en las Organizaciones defensivas. Los problemas derivados, tanto para la Administración Pública en general como para la militar en particular, de la trasposición del llamado *acquis communautaire*, fueron también pormenorizadamente relacionados.

Tras analizar las funciones que el Tratado de la Unión Europea atribuye a la U.E.O., concebida como pilar europeo de la Alianza Atlántica en el marco de la Política Europea de Seguridad Común (a su vez, uno de los tres pilares del Tratado de Maastricht), hizo una exposición detallada del proceso de integración de España en la OTAN.

A continuación, se procedió a pasar revista al proceso legislativo llevado a cabo, a partir de 1982, en el ámbito de Defensa, tanto en materia de reducción de efectivos y cuadros de mando, con mención de situaciones como la reserva transitoria y la reserva activa, como en materia de enseñanza y de régimen del personal, con específica mención de los más destacados aspectos de la Ley 17/1989, de 19 de julio. Las funciones tanto del ISFAS como del INVIFAS fueron expuestas, asimismo.

Finalmente, se hizo una exposición de la garantía y salvaguarda que en la legislación española, específicamente referida al ámbito castrense, se hace de los derechos y libertades reconocidos en los textos internacionales, de conformidad con lo señalado en el art. 10 de la Constitución. A tal efecto, hizo mención a los derechos cuyo ejercicio el propio texto constitucional y las leyes limitan a los militares en servicio activo y miembros de la Guardia Civil. Especial análisis se hizo de alguno de los principales Instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y su Protocolo Facultativo, y, especialmente del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y los Protocolos al mismo, tras lo que, para concluir, llevó a cabo una alusión a las Reservas formuladas por España a la aplicación de los arts. 5 y 6 de aquel Convenio Europeo en la medida en que fueren tales preceptos incompatibles con las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985, del Régimen Disciplinario de

las Fuerzas Armadas, terminando la exposición con un esbozo de las consecuencias que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ejerce en el ámbito interno.

Sin perjuicio de la inconcusa necesidad que se observa de seguir manteniendo nuevos contactos con la Fiscalía General Militar de Hungría, para profundizar en los temas tratados, analizar la evolución legislativa habida e intercambiar criterios acerca de la solución adoptada respecto a problemas comunes, no puede por menos, para concluir, que hacerse mención de la enorme receptividad mostrada por la parte húngara hacia las experiencias, en el ámbito legislativo y de organización jurisdiccional y administrativa, ofrecidas por la Delegación española, que fueron objeto de especial valoración y atención, dado el proceso de transición política en que dicho país se encuentra, con un objetivo final, a corto y medio plazo, de lograr la plena homologación de sus estructuras políticas y jurídicas al modelo occidental europeo, en orden a culminar el inocultable propósito de integración en las estructuras económico-políticas y defensivas europeas occidentales, proceso aquel en el que el modelo de evolución española seguido a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 goza de enormes prestigio y virtualidad, por lo que la evolución normativa y la experiencia española al efecto consecuente a la Constitución suscita gran interés, por considerar que la heteróclita problemática a enfrentar, ahora, por parte húngara, es, en líneas generales, bastante similar (salvo, tal vez, en el plano económico) a la que, en su momento, hubo de enfrentar, y superar, España.

Fernando Pignatelli y Meca

## MESA REDONDA EN LA ESCUELA SUPERIOR DEL AIRE SOBRE PROHIBICION DEL USO DE LA FUERZA Y SEGURIDAD COLECTIVA

Dentro del ciclo de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que se imparte en la Escuela Superior del Aire (ESA) durante el Curso de Estado Mayor, se ha celebrado el 18 de marzo de 1994 una Mesa Redonda sobre «La prohibición del uso de la fuerza y la seguridad colectiva.

Los concurrentes al Seminario fueron los integrantes del 51.º Curso de Estado Mayor del Aire, constituido por 36 Oficiales Superiores pertenecientes a los Ejércitos del Aire de Argentina, Bélgica, Estados Unidos de América, Guatemala, Marruecos, Reino Unido y España.

Para el desarrollo de la mesa redonda la ESA contó con la colaboración del Centro de Estudios de Derecho Internacional (CEDIH) de la Cruz Roja Española.

La introducción y presentación fueron llevadas a cabo por el General de División don Valerio Delgado Pinto, Director de la ESA, haciendo referencia al número de conflictos abiertos en la actualidad (más de veinticinco), así como a la dificultad de conjugar, por un lado, el respeto a la soberanía de los Estados y, por otro, la realidad actual en la que las acciones de injerencias no siempre están amparadas por resoluciones de Naciones Unidas.

La primera ponencia, con el título de «La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales», fue desarrollada por don Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional y Director Técnico del CEDIH. Con una clara referencia al artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, el Profesor Pérez González remarcó la ausencia de matices en este artículo, así como la necesidad de buscar vías alternativas para la solución de los conflictos, sin olvidar el derecho que tienen todos los Estados a una «legítima defensa» y el peligro de la llamada «legítima defensa preventiva», considerada ilegítima por muchos autores.

Intervino a continuación el Teniente Coronel don Javier Guisández Gómez, Profesor del CEDIH y de la Escuela Superior del Aire; el título de su ponencia fue «El sistema de seguridad colectiva en la Carta de las

Naciones Unidas». El profesor Guisández se refirió a los Capítulos VI y VII de la Carta y a la posibilidad que tiene el Consejo de Seguridad de adoptar resoluciones aplicando las vías legales de la negociación, «violencia» diplomática o económica, demostración de fuerza e incluso intervención; hizo también mención al pacto de «unidos por la paz» generado por la Asamblea General de Naciones Unidas, con objeto de intentar paliar la ineficacia que presentó el Consejo de Seguridad durante el período de la «guerra fría».

La siguiente ponencia fue impartida por el Teniente Coronel don José Luis Domenech Omedas, profesor del CEDIH y de la Escuela de Estado Mayor del Ejército; el título de la misma fue «La acción preventiva. Operaciones de mantenimiento de la paz». El profesor Domenech Omedas expuso la evolución que habían sufrido a lo largo de la historia de las Naciones Unidas las operaciones de mantenimiento de la paz en sus variadas versiones de observación, mantenimiento, interposición... y cómo había tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos.

El último conferenciante fue el General Auditor don José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Jefe de la Unidad de Estudios e Investigación del CEDIH. Su ponencia versó sobre «La acción humanitaria y el derecho-deber de injerencia humanitaria». El Profesor Rodríguez-Villasante se detuvo en las tres variedades de la acción humanitaria, que aparecen según el grado de compromiso y según su fundamento jurídico, pudiéndose concretar en: Intervención humanitaria unilateral, Asistencia humanitaria basada en los Convenios de Ginebra y derecho-deber de injerencia humanitaria.

El Seminario terminó con un vivo e interesante coloquio en el que no faltaron referencias a los Tribunales de Guerra, conflictos actuales, Fuerza permanente de las Naciones Unidas..., temas todos ellos que se complementan con otros recibidos durante el ciclo y que se refieren a: Normativa del Derecho Internacional Humanitario, Derecho de la guerra aérea, Protección de los prisioneros de guerra, Protección de la población civil y la Neutralidad.

Javier Guisández Gómez

## SEMINARIO SOBRE LA FUNCION PUBLICA MILITAR

(Zaragoza, 14 de enero al 25 de marzo de 1994)

Durante los tres primeros meses del año en curso se ha celebrado en la Academia General Militar un Seminario sobre la función pública militar. Este Seminario se enmarca dentro de las actividades docentes que regularmente se desarrollan en dicho Centro de enseñanza militar.

En el último año de su formación los alumnos de la Escala Superior del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra tienen como asignaturas optativas unos Seminarios de setenta horas lectivas. De entre las diversas posibilidades que se les ofrecen deben optar por una de ellas, formándose así grupos de unos veinte alumnos que bajo la dirección de los profesores de los departamentos (similares a las áreas de las Facultades de Derecho) van a participar en los mismos. La oferta se varía cada año en función de cada departamento: Historia, Geoestrategia, Telecomunicaciones, Idiomas, Derecho, Psicología..., y dentro de cada uno de ellos se plantea de forma diferente.

En el Departamento de Derecho viene siendo costumbre en los últimos años el realizar estos Seminarios sobre temas diversos, pero siempre con la colaboración de personas ajenas a la Academia, para así enriquecer la formación de los futuros Oficiales. En esta línea han colaborado ya, en cursos anteriores, profesores universitarios, abogados, jueces, fiscales y militares en activo pero no destinados en la Academia General.

\* \* \*

Tras la aprobación y entrada en vigor de la Constitución española de 1978 todo el Ordenamiento jurídico ha debido adaptarse a la misma, siendo necesaria una mayor renovación en algunos sectores, entre los que está, sin duda, el militar. Dentro de esta renovación legislativa tiene una especial significación la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, Ley que viene a ser el principal punto de referencia en todo lo relativo a la función pública militar. Los estudios doctrinales habidos sobre la misma han sido escasos y su difusión mínima,

lo que, dada la trascendencia de la Ley, no parece lógico, por lo que desde hace algún tiempo en el Departamento de Derecho de la Academia General teníamos la intención de promover un estudio a fondo de la misma y, a ser posible, con participación de prestigiosos miembros de la doctrina administrativa y destacados estudiosos del Derecho militar.

En el pasado curso 1993-1994 se ha podido sacar adelante dicha idea, y fruto de ella ha sido este Seminario que se ha celebrado con similar esquema que en años anteriores, pero con alguna innovación. Principalmente tres han sido las novedades introducidas: el gran prestigio de los conferenciantes que han participado, la asistencia de alumnos de la Facultad de Derecho de Zaragoza y la publicación por Editorial Trotta de las conferencias y ponencias presentadas a este Seminario.

Dada la relevancia que se ha pretendido conferir al Seminario, han sido invitados a participar como ponentes, además de los profesores del Departamento de Derecho de la Academia, todos los ex profesores del mismo, los profesores de la Academia, que, sin estar destinados en el Departamento son Licenciados en Derecho, profesores de la Facultad de Derecho de Zaragoza, los profesores de los Departamentos de Derecho de las otras dos Academias Generales (San Javier y Marín) y miembros del Cuerpo Jurídico. Todos ellos han presentado alguna ponencia relacionada con el tema de estudio, que ha sido la función pública militar, pero sin limitarlo a la Ley 17/1989 ya que algunos aspectos importantes de dicha función no están regulados por dicha Ley: es el caso, entre otros, de los regímenes penal y disciplinarios. El contenido de todas estas ponencias está recogido en el libro, en preparación, ya reseñado.

\* \* \*

Durante los días 9, 10 y 11 de febrero se han dictado en la Academia General Militar seis conferencias en lo que ha sido parte principal del Seminario. Las Jornadas fueron inauguradas por el excelentísimo señor General Director del Centro don Mariano Alonso Baquer y por el ilustrísimo señor Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza don Manuel Ramírez Jiménez, siendo la asistencia libre, por lo que, además de los alumnos del Seminario, civiles y militares, y de los ponentes, se personó en el aula donde se celebraron diverso personal interesado en el tema. Los conferenciantes, por orden de intervención, han sido: don Ramón Parada Vázquez, don Antonio Millán-Garrido, don Eduardo Montull Lavilla, don Luis Alvarez Roldán, don Lorenzo Martín-Retortillo Baquer y don Fernando López Ramón.

Ramón Parada, conocido Catedrático de Derecho Administrativo de la UNED, anteriormente de otras Universidades, miembro excedente del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y Teniente Coronel Auditor en situación ajena al servicio activo, disertó sobre los modelos de función pública militar. En un exhaustivo estudio, tanto histórico como de Derecho comparado, trató de llevar al auditorio la idea de que actualmente en España el modelo de función pública y, en particular, el modelo de función pública militar, es un modelo que está siendo abandonado en otros Estados y que aquí se ha copiado un modelo extranjero cuando en sus orígenes se estaba abandonando. En un sentido crítico muy acusado, mantuvo la tesis de que el modelo que se implantó muy lentamente en España entre los siglos XIX y XX era muy superior al vigente en la actualidad. Su documentadísima conferencia contiene datos muy valiosos para el estudio del tema y plantea abundantes motivos de reflexión, aun cuando no se comparten sus tesis.

La segunda de las conferencias fue dictada por don Antonio Millán-Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz y Comandante Auditor en situación ajena al servicio activo, persona muy conocida en el ámbito del Derecho militar, no en vano pasa por ser el mejor especialista actual en la materia, al menos para quien esto firma. Comenzó por advertir al auditorio que su conferencia iba a ser técnica, necesariamente técnica, ya que el tema así lo exigía. Disertó sobre los aspectos penales y disciplinarios de la Ley 17/1989, tema que no era el inicialmente previsto, pero hacia el que se inclinó el conferenciante tras los primeros estudios para confeccionar su ponencia.

Las adecuaciones, a las que antes hemos hecho referencia, de toda legislación a la Constitución, realizadas en un período de tiempo que debemos considerar breve, ha llevado a que el legislador haya cometido ciertos desajustes que es deseable se corrijan lo antes posible. La Ley 17/1989 lleva por título «Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional», y por ello habría que comenzar a delimitar quién es militar profesional, lo que tiene especial trascendencia en los campos administrativo y penal, y en los que no siempre coincide dicho concepto. Realizando un completo estudio de la legislación penal y disciplinaria en relación con los conceptos y definiciones contenidos en la Ley de referencia, se llega a conclusiones en contraste con las contenidas en alguna sentencia de Tribunales Militares que han debido fallar absolviendo a quienes habían realizado conductas sustancialmente delictivas, pero, en su opinión, no suficientemente tipificadas. Las conclusiones a las que llega el profesor Millán



podrían muy bien ser tenidas en cuenta por el legislador al objeto de mejorar la legislación aplicable a los militares profesionales y no profesionales.

El segundo de los días dedicados a las conferencias tenía un contenido especialmente militar, jurídico militar para ser más exactos, tanto por los temas como por los conferenciantes. El primero en disertar el día 10 fue don Eduardo Montull, General Consejero Togado, Catedrático de Derecho en situación de excedencia y ex Fiscal del Tribunal Supremo, y aunque nunca ha estado destinado en la Academia General Militar, sí que recuerda con especial cariño los años en que fue profesor de la misma en el sentido que actualmente tienen los profesores asociados de las Universidades, con dedicación principal en otro destino o puesto de trabajo. Su conferencia tenía por objeto de estudio la jurisdicción militar, tema tan amplio que, siendo imposible de abarcar en tiempo y espacio limitados, aconsejó al conferenciante centrarse en lo penal y disciplinario, y especialmente en las variaciones normativas de todo orden que se han producido en los últimos años. Dado lo árido del tema, según sus propias palabras, y la disponibilidad del trabajo escrito para todo el que lo precisase, salpicó toda su conferencia de abundantes anécdotas personales, en los diversos campos de actividad que ha desarrollado a lo largo de su vida, con un resultado muy ameno y simpático, además de instructivo.

El segundo de los conferenciantes fue don Luis Alvarez Roldán, Coronel Auditor, actual Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, gran conocedor de los temas disciplinarios militares, a los que ha dedicado la mayor parte de su atención profesional, y sobre los que cuenta con varias obras y trabajos publicados. Entre otras importantes innovaciones, la Ley 17/1989 ha creado la figura del alumno, separándola claramente del militar funcionario que ya se ha incorporado al servicio de la Administración del Estado y regulando su situación de forma muy diferente a como lo estaba con anterioridad. Dentro de esta nueva concepción hay que considerar también la regulación de los aspectos disciplinarios, muy importantes en la formación de los futuros Oficiales, sin una clara definición desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en cuya Disposición Adicional Tercera se especificaba que el Ministro de Defensa desarrollaría antes de un año el régimen disciplinario específico de los alumnos de los Centros Docentes Militares de Formación. La falta de este desarrollo reglamentario y la modificación introducida en dicha Ley Disciplinaria por la Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del

Servicio Militar, ha hecho que se haya tenido que redefinir el sentido y la regulación de las infracciones y sanciones disciplinarias de los alumnos. Dada su personal participación en la elaboración de la nueva normativa y su reconocido prestigio en el tema, nadie mejor que don Luis Alvarez Roldán para ilustrarnos sobre la materia, lo que hizo de forma muy documentada y amena en lo posible dada la dificultad del tema. La asistencia de los alumnos militares del Seminario, especialmente atentos al tema por lo que les afecta, dio gran viveza al debate que se celebró tras esta segunda conferencia.

La quinta de las conferencias, primera del tercer día, fue dictada por don Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, anteriormente de la de Zaragoza, Senador en las Cortes constituyentes y autor de reconocido prestigio en el mundo del Derecho. Los temas de Derecho militar no le son totalmente ajenos al profesor Martín-Retortillo, ya que, como se le recordó en su presentación, en su Cátedra de Zaragoza ya dirigió algún Seminario sobre los mismos, al poco tiempo de haberse aprobado la Constitución, en cuya elaboración participó. Más recientemente también ha participado en algún Seminario relacionado con temas de contenido militar, pero no podemos afirmar que sea uno de los ámbitos de estudio más desarrollados por el mismo. El tema que se le había encomendado al conferenciante era especialmente interesante, ya que junto al militar profesional siempre está el soldado, el militar de reemplazo, el no funcionario, y cuya regulación legal es necesariamente diferente a la de aquél. El definir el *status* jurídico del soldado y su engarce con el del militar profesional era el tema encomendado y sobre el que disertó en la mañana del día 11 de febrero. Con continuas referencias a las grandes listas de derechos de carácter internacional, hizo un *excursus* sobre los derechos y obligaciones de los españoles ante las tareas de la Defensa Nacional y otras de contenido civil, elogiando los avances habidos en la regulación de los derechos de los soldados como ciudadanos de uniforme.

La conferencia que cerró las Jornadas estuvo a cargo de don Fernando López Ramón, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, habitual colaborador de los Seminarios de Derecho de la Academia General Militar, profesor de la asignatura de Derecho Administrativo de varios de los ponentes asistentes al Seminario y autor de algunos de los mejores trabajos doctrinales sobre los temas de Derecho Militar, además de codirector de este Seminario. Su conferencia fue el contrapunto a la de don Ramón Parada, ya que defendió

sus tesis conocidas sobre la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración del Estado, en interpretación de lo dispuesto en la Constitución y en desarrollo de la misma por toda la legislación posterior. Fue un magnífico final de las Jornadas.

\* \* \*

Si el primer día tomó la palabra para inaugurar las Jornadas el ilustrísimo señor Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza don Manuel Ramírez, la intervención de cierre corrió a cargo del excelentísimo señor General Director de la Academia General Militar don Mariano Alonso Baquer, quien puso de relieve los objetivos previstos al inicio de las Jornadas y los que, a su juicio, se habían cumplido con creces. Manifestó su satisfacción por haber contado con conferenciantes de tan reconocido prestigio y anunció su intención de apoyar cuantas iniciativas similares se le propusieran.

El viernes 18 de marzo se clausuró el Seminario con una sencilla ceremonia de entrega de diplomas de asistencia a los alumnos, que, además de a las conferencias reseñadas, han asistido a otras varias de algunos ponentes que se han dictado a lo largo de los tres meses de duración del Seminario. Los resultados del mismo, en cuanto a estudios doctrinales quedan para su estudio y crítica en el libro ya citado de Editorial Trotta, pero tal vez sean otros, no tan visibles, los que a un plazo de tiempo mayor sean más productivos y a los que me voy a referir.

En primer lugar, se ha producido una más de las colaboraciones entre la Facultad de Derecho de Zaragoza y la Academia General Militar, ejemplo a imitar de lo que podría, y debería, ser una más estrecha relación entre el mundo de la enseñanza superior militar y la universitaria. Todos saldríamos ganando con ello.

En segundo término, se ha profundizado en las relaciones personales entre componentes de dos grupos sociales distintos pero que no deberían ser tan distantes, el militar y el universitario. Lejos deben quedar los tiempos en los que el personal militar vivía en casas militares, asistía a clubs militares y convivía en círculos exclusivamente militares.

Por otra parte, se ha intentado —y creo que con éxito— interesar a profesores universitarios de disciplinas diversas, aunque todas ellas relacionadas con el Derecho, en el estudio y conocimiento de la normativa militar. Sus estudios y críticas a la misma ayudarán a mejorarla.

En todo caso, se ha pretendido sembrar la semilla para que en el futuro

no sean tan extraños los estudios doctrinales sobre temas de Derecho militar. Las publicaciones periódicas de Derecho deberían contener más trabajos sobre dichos temas, con lo que todos saldríamos beneficiados, ya que sólo con el estudio se consigue una mejor preparación, que es, al fin y al cabo, el último objetivo que, a mi modesto entender, debemos perseguir todos.

Javier Fernández López

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

