

**REVISTA
ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

66 JULIO
DICIEMBRE
1995

**Escuela Militar de
Estudios Jurídicos**

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR:

Carlos Girgado Doce,
General Auditor.

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. Carlos García Lozano, General Consejero Togado. Fiscal Togado. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Francisco Menchén Herreros, Coronel Auditor, Vicesecretario General Técnico.

DELEGADO DEL CONSEJO EDITORIAL EN EL CONSEJO DE REDACCION:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto,
General Consejero Togado.

CONSEJO DE REDACCION:

Luis Bernardo Alvarez Roldán, General 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. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Agustín Corrales Elizondo, General 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. 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, General Auditor. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Teniente Coronel Auditor. Fernando Pignatelli Meca, Coronel Auditor.

SECRETARIO:

Francisco Menchén Herreros,
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS:

José Manuel Salvador Temprano, Teniente Coronel Auditor. Alfonso Barrada Ferreirós, Comandante Auditor y M.^a 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 Egidio Trillo-Figueroa, Coronel Auditor. R.M. Sur: José Rojas Caro, Coronel Auditor R.M. Levante: Manuel Eusebio Perucho Franco, Coronel Auditor. R.M. Pirinaica O.: Jesús Otea Salas, Teniente Coronel Auditor R.M. Pirinaica Occ.: Ignacio de la Riva, Teniente Coronel Auditor. R. M. Noroeste: Luis Miguel Maside Miranda, 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.ª R.A.: Manuel Rubio Sanromán, Teniente Coronel Auditor. 2.ª R.A.: Carlos Melón Muñoz, Comandante Auditor. 3.ª R.A.: Julián Peña Paradelá, Coronel Auditor. Z.A. Canarias: Juan Antonio Senén Ramírez, Coronel Auditor.

REDACCION:

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**

66 JULIO
DICIEMBRE
1995



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 elabora-
ción 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 1995 (N. 66)

REVISTA española de derecho militar : 66, julio-diciembre
[Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. - Madrid: Ministerio de
Defensa, Secretaría General Técnica, [1994]. - p.; 24 cm
NIPO 076 - 95 - 040 - 8.- 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 corres-
ponde exclusivamente al autor de la misma.



Edita: MINISTERIO DE DEFENSA
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076 - 95 - 040 - 8
ISSN: 0034-9399
Depósito Legal: M. 523-1958

IMPRIME: CAMPILLO NEVADO. S.A.

Dña. Regente - Abril - 1996

INDICE GENERAL DEL NUMERO 66 JULIO-DICIEMBRE 1995

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. Martínez Cardos Ruiz, José-Leandro: Desistimiento en la expropiación forzosa y vía de reclamación 15
- 1.2. Fernández Barreiro, Alejandrino: Hacia un nuevo Derecho común europeo 35
- 1.3. Aznar Gómez, Mariano J. : El desarme como interes jurídicamente regulado por la comunidad internacional. Desarrollo histórico-jurídico de la labor de las Naciones Unidas en materia de desarme (1945-1995) 45

2. NOTAS

- 2.1. Millán-Garrido, Antonio: La Sección de Derecho Penal militar de la "Revista General de Derecho" (1985-1993). Epílogo 91
- 2.2. Pérez Parente, Juan A.: Redención de penas por el trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 72/94, de 3 de marzo 109
- 2.3. Blanque Avilés, José Manuel: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1994 123
- 2.4. Martín Vicente, Manuel Antonio: El principio acusatorio y la modificación de las conclusiones provisionales.. 129
- 2.5. Ruiz de los Paños Brusi, Alberto: La diplomacia preventiva 143

2.6. Peñarrubia Iza, Joaquín María: La unificación de doctrina legal en las cuestiones de personal	159
2.7. Prados Prados, Santiago: La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos, en la la Legislación Disciplinaria de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil	177

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

— Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria	195
— Orden de 15 de marzo de 1995, por las que se aprueban las normas de coordinación entre la circulación aérea general y la circulación aérea operativa	195
— Resolución de 10 de mayo de 1995, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda	195
— Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio	195
— Ley 13/1995, 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas	195
— Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal de Jurado	195
— Real Decreto 827/1995, de 29 de mayo, por el que se modifica parcialmente el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre	195
— Ley 18/1995, de 1 de junio, de Cruces de Mérito Militar, Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico	196
— Real Decreto 1167/1995, de 7 de julio, sobre régimen de uso de los aeródromos utilizados conjuntamente por una base aérea y un aeropuerto y de las bases abiertas al tráfico civil	196

— Real Decreto 1169/1995, de 7 de julio, por el que se modifica la estructura orgánica de Centro Superior de Información de la Defensa	196
— Real Decreto 1323/1995, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico y otras normas sobre recompensas militares	196
— Real Decreto 1324/1995 de 28 de julio, por el que se establece el Estatuto del personal del Centro Superior de Información de la Defensa	196
— Real Decreto 1492/1995, de 8 de septiembre, por el que se establece los requisitos españoles para la concesión y uso de la Medalla OTAN por la participación en operaciones de paz	196
— Instrumento de adhesión de España al Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte, hecho en París, el 28 de agosto de 1952	196

2. JURISPRUDENCIA

2.1. Constitucional. Por Antonio Mozo Seoane	199
2.2. Penal y Procesal Militar	243
2.3. Contencioso-Disciplinaria Militar	291
2.4. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández	325
2.5. Constitucional-Laboral. Por Antonio Juan Carlos Fernández Martín	349

3. DOCUMENTACIÓN

3.1. Informe del Defensor del Pueblo, relacionado con la Administración Militar (Año 1992), 2ª parte. Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz	395
3.2. Estado de aceptación de los Convenios Humanitarios, datos actualizados a 23 de marzo de 1995	411

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Ruiz Manteca, Rafael, Fernández López, Javier y Hernández Olivencia, Antonio-Rafael: Introducción al Derecho y Derecho Constitucional. Madrid, Trotta, 1994. Por Luis B. Álvarez Roldán 425
- 1.2. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993. Por Agustín Corrales Elizondo 429
- 1.3. Sánchez Guzmán, Eugenio (coord.): Comentarios a las Leyes Procesales Militares (L.O. 4/1987 y L.O. 2/1989). Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1995. Por Fernando Pignatelli y Meca 443
- 1.4. Millán-Garrido, A., Rodríguez Villasante y Prieto, J.L., y Calderón Susin, E.: Los delitos contra la prestación del servicio militar (Comentarios a la reforma del Código Penal y el Código Penal Militar por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre). Barcelona, JM Bosch Editor, 1995. Por Eduardo Ramón Ribas 464
- 1.5. Verge Grau, Joan: La defensa del imputado y el principio acusatorio. Barcelona, Bosch Editorial, 1994. Por Alfonso Barrada Ferreirós 473
- 1.6. Fernández Segado, Francisco (Ed.): El servicio militar: Aspectos jurídicos y socio-económicos. Madrid, Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, 1994. Por Santiago Prados Prados 476
- 1.7. Oliver Araujo, J.: La objeción de conciencia al servicio militar. Madrid, Civitas, 1993. Por Joaquín Brage Camazona . 488

2. RECENSIÓN DE REVISTAS

- 2.1. López Martín, A.G.: Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del Conflicto del Golfo al caso de Libia. En: Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XIXV, núm. 1, 1994, pág. 39-59. Por Javier Aparicio Gallego 499

2.2. Rassegna del la Giustizia Militare. Anno XX, núms. 1-2 Gennaio-Aprile, 1994. Por José Luis Rodríguez-Villa- sante y Prieto	503
---	-----

IV. INFORMACIÓN

1.1. I Curso sobre Ordenamiento Constitucional español pa- ra Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas. Orga- nizado por la Fundación de Estudios Políticos y Consti- tucionales Lucas Mallada, en Zaragoza (20 de octubre de 1994 a 15 de marzo de 1995)	509
--	-----

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

DESISTIMIENTO EN LA EXPROPIACION FORZOSA Y VIA DE RECLAMACION

Por José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. SOBRE EL DESISTIMIENTO DE LA EXPROPIACION POR LA ADMINISTRACION PUBLICA.- II. EL DESISTIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EXPROPIACIONES ADMINISTRATIVAS URGENTES: TESIS QUE SE IMPUGNA Y TESIS QUE SE PROPUGNA. A) TESIS QUE SE IMPUGNA. B) TESIS QUE SE PROPUGNA.- III. ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA TESIS QUE SE SUSTENTA. 1. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. A) CRITERIO MAYORITARIO. B) VOCES DISCREPANTES. 2. LOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONAL, HIPOTECARIO Y EXEGÉTICO. 3. CONCLUSIONES DEL ARGUMENTO QUE SE SUSTENTA. IV. OTROS ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA TESIS QUE SE SUSTENTA. V. OTRA CUESTION DE INTERÉS: UNA TERMINOLOGIA INCORRECTA. VI. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA TESIS QUE SE SUSTENTA.

Las consideraciones que siguen son el fruto de la reflexión sobre diversos casos concretos. En todos ellos, existe una identidad de hechos, a saber: la Administración acuerda la expropiación de unos terrenos por ser precisos para la construcción de una obra pública; ocupados aquéllos, pero sin haberse pagado el justiprecio por seguirse el procedimiento expropiatorio de urgencia, la Administración desiste de llevar a cabo la expropiación por resultar algunos terrenos innecesarios a resultas de la modificación del proyecto inicial; los propietarios de los terrenos expropiados y ulteriormente excluidos del procedimiento reclaman de la Administración el pago de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la actuación pública. Los daños se concretan, por lo general, en el abono de los intereses legales correspondientes al tiempo en que la finca estuvo ocupada, sin abono del justiprecio, y en el pago de los resultantes de la pérdida de cultivos y los gastos de desplazamiento que hubieron de hacerse con motivo de los trámites de la expropiación.

I. SOBRE EL DESISTIMIENTO DE LA EXPROPIACION POR LA ADMINISTRACION PUBLICA.

El punto de partida de la cuestión que se analiza es el de que el desistimiento de una expropiación ya iniciada, pero no consumada, incluso en el supuesto de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, es un acto perfectamente válido y eficaz, siempre que no adolezca de defectos sustanciales de forma y esté basado en motivos justificados de interés público (1).

La potestad discrecional de la Administración no está sujeta a ningún límite temporal en lo que a su ejercicio se refiere. La Administración puede actuar o dejar de hacerlo en cualquier momento y en cualquier estado de los procedimientos que se hallen en curso, en aras de los intereses públicos cuya defensa tiene a su cargo. Dos limitaciones previas tiene únicamente, una, de forma (competencia, procedimiento) y otra, de fondo (motivación adecuada). A ellas debe añadirse la consecuencia obligada de hacer frente a la indemnización de los perjuicios que la decisión ocasione a los particulares que resulten lesionados en los términos definidos por el artículo 106.2 de la Constitución y preceptos legales concordantes.

La Administración puede, por tanto, hacer o deshacer cuanto estime oportuno en cualquier momento y dentro de los límites materiales de la potestad discrecional que la Ley le reconoce, siempre que guarde unas normas mínimas de procedimiento, lo justifique adecuadamente en la defensa de los intereses públicos que tiene a su cargo, y asuma la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione a los particulares singularmente afectados por la decisión.

El sólo hecho de iniciarse un procedimiento expropiatorio, aunque no llegue a rematarse por desistimiento de la Administración, ocasiona un perjuicio efectivo a los eventuales expropiados, en la medida en que les priva de toda expectativa de utilización económica de los bienes objeto de expropiación, tanto si se trata de su explotación directa, como si se trata de su disponibilidad a efectos de transmisión o de garantía crediticia.

La indemnización de este perjuicio mediante el pago del justiprecio y la subsiguiente ocupación de los bienes expropiados, cuando la expropiación se desarrolla normalmente y llega a su fin, ha de entenderse subsu-

(1) Sobre el desistimiento de la expropiación forzosa por parte de la Administración Pública puede verse Carretero Pérez, El desistimiento expropiatorio, en *La Ley*, nº 1630, pág. 1 y Fernández Vara, *Principios civiles y registrales de la expropiación Forzosa*, Madrid, 1993, en especial, pág. 320 y ss. la *Sentencia de 18 de octubre de 1986*.

mida en el propio pago del justiprecio, según se viene manteniendo de forma reiterada y constante por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo.

Ahora bien, con más frecuencia de la deseable, sucede que la Administración desiste de la expropiación en el legítimo uso de sus facultades discrecionales antes de que ésta haya quedado consumada mediante el pago y la ocupación. En tales casos, es evidente que la indemnización a los eventuales expropiados no puede subsumirse en el pago del justiprecio, puesto que, por hipótesis, no se produce el pago de ningún justiprecio, ya que el expediente expropiatorio queda cancelado definitivamente al desaparecer la causa que lo justificaba. Resulta obligado, pues, en estos casos, aplicar la doctrina general establecida en el artículo 106.2 de la Constitución, artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y artículo 121 de la propia Ley de Expropiación Forzosa. Y así se ha venido haciendo en numerosísimos casos (2).

II. EL DESISTIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EXPROPIACIONES ADMINISTRATIVAS URGENTES: TESIS QUE SE IMPUGNA Y TESIS QUE SE PROPUGNA.

A) *Tesis que se impugna.*

La cuestión, sin embargo, se complica cuando el desistimiento administrativo recae sobre un expediente iniciado por el trámite de urgencia. Porque en tal supuesto, si ha tenido lugar la efectiva ocupación del objeto de la expropiación, puede muy bien entenderse que la transferencia forzosa de la titularidad dominical ha quedado ya consumada por el sólo hecho de la ocupación. Y puede también estimarse que el pago del justiprecio (y su propia determinación, en su caso) es tan sólo una secuela obligacional pendiente de cumplimiento por parte de la Administración expropiante. No se trataría, por tanto de la cancelación de un expediente en curso, sino de la renuncia a los efectos de una expropiación consumada.

(2) Vid., entre otros, los Dictámenes del Consejo de Estado nº. 39.090, de 28 de marzo de 1974, y 47.650, de 16 de mayo de 1985.

Esta tesis reconduce la cuestión planteada a los términos del puro y simple derecho de reversión que la Ley atribuye al expropiado. En síntesis, se sintetiza en dos grandes afirmaciones, a saber:

a) La privación del bien o derecho expropiado se produce tan pronto como la Administración lo ocupa efectivamente. Por consiguiente, a partir del momento de la ocupación efectiva, el expropiado ha quedado privado de su titularidad, con plenos efectos jurídico-reales.

b) Es discutible la posibilidad (legal) de que la Administración pueda desistir de la expropiación, después de ocupados los bienes por el trámite de urgencia, liberándose con ello de la obligación de pagar el justiprecio.

El Consejo de Estado ha acogido el criterio mencionado en alguna ocasión (3).

B) *Tesis que se propugna.*

Frente a la tesis expuesta, debe estimarse que la expropiación no puede entenderse “consumada” hasta que concurren dos requisitos: el pago y la ocupación. Si ambos no concurren, no se opera la transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados, con plenitud de efectos jurídico-reales, por el imperativo constitucional de que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino...mediante la correspondiente indemnización”.

En el procedimiento ordinario, no se plantea problema alguno porque pago y ocupación son prácticamente simultáneos (artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa). En el procedimiento de urgencia, por el contrario, se anticipa la ocupación, pero ello no significa que se trate de una “confiscación” o de una “requisita”, sino tan sólo de una anticipación de los efectos del pago que, previsiblemente, se ha de producir en un momento posterior inmediato, con efectos retroactivos. De tal manera que si el pago no llega a producirse, la ocupación pierde toda su eficacia en cuanto título real y se convierte en un puro hecho posesorio.

Como consecuencia inmediata de las consideraciones que preceden, se puede afirmar que, en los casos de urgente ocupación, aunque haya tenido lugar la efectiva ocupación de los bienes o derechos expropiados, hasta que no se produce el pago del justo precio, no puede hablarse ni de transferencia forzosa de la titularidad dominical, ni de expropiación plenamente consumada.

(3) Dictamen nº. 49.684, de 23 de diciembre de 1986.

En todo caso, la Administración no queda exonerada del deber de resarcir los perjuicios que haya ocasionado al adoptar sus sucesivas decisiones discrecionales de, primero, expropiar, y, después, desistir de la expropiación.

III. ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA TESIS QUE SE SUSTENTA.

Varios son argumentos que conducen a la tesis que se propugna y que es diametralmente contraria a la impugnada; en concreto, cuatro, a saber: el de autoridad; el constitucional; el hipotecario; y, por último, el exegetico. Procede analizarlos a continuación.

1. *El argumento de autoridad: doctrina y jurisprudencia.*

a) *Criterio mayoritario.*

La doctrina, desde que apareció en nuestro Derecho la ocupación urgente (Ley de 5 de octubre de 1939), hace más de medio siglo, y 40 años antes de la Constitución, viene sosteniendo la tesis que se defiende con escasas y muy recientes excepciones.

Roca Sastre (4) afirma que la expropiación forzosa tiene acceso al Registro de la Propiedad mediante la presentación del “acta de pago de la indemnización” y el “acta de ocupación”, añadiendo que

“en cuanto a la expropiación de urgencia... no existe propiamente ninguna variante. Conforme se ve, es una expropiación rápida y provisional sujeta a revisión en el justiprecio definitivo”.

García de Enterría, por su parte, en la monografía más importante que se ha publicado sobre este tema, y que conserva plena actualidad (5), afirma, entre otras cosas que:

“...la potestad de expropiar es construida legalmente como un poder circunscrito a límites concretos —que se funcionalizan espe-

(4) En un estudio apresurado para la adaptación de su Tratado a un determinado programa de oposiciones (*Apéndice*, Barcelona, Bosch, 1957, págs. 92 y sigs.).

(5) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

cíficamente como presupuestos de validez— de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico” (6).

y ratifica que

“Al margen de estos límites no existe expropiación, sino “vía de hecho”, no un poder jurídico, sino un despojo ilegal” (7).

Por ello,

“...la garantía patrimonial se presenta todavía en el efecto jurídico sustancial derivado de aquél ejercicio, que es la indemnización del expropiado”

de tal suerte que

“El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho” (8).

Por ello, continúa el Profesor García de Enterría,

“Una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como un “efecto” del ejercicio de la potestad expropiatoria”. “Todo el “quid” de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño...; la reparación ... sería una consecuencia del Derecho común. (.../...) Si identificamos en la segunda de las mismas (ocupación) la traditio”... resultará entonces que el verdadero título (en sentido genuino) de la atribución patrimonial, o del desapoderamiento del expropiado... es precisamente el pago (.../...). La observación es incuestionable en el derecho positivo y conduce a calificar la indemnización no como un efecto derivado, sino justamente como todo lo contrario, como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria. La in-

(6) *Op. cit.*, pág. 97

(7) *Op. cit.*, pág. 97

(8) *Op. cit.* págs. 111 y 112.

demnización debe ser concebida como una “carga”... en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso.(.../...) “¿En qué momento se entiende consumado el efecto expropiatorio, especialmente la transmisión de propiedad?. A mi juicio, aún en esta hipótesis extrema, el pago de indemnización... sigue siendo presupuesto para la consumación del efecto expropiatorio. La Ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión” (.../...) La explicación del fenómeno de la ocupación urgente sólo puede venir por... su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva” (9).

En el mismo sentido se han pronunciado la mayoría de los comentaristas.

Rodríguez Moro (10), apoyándose ampliamente en el citado estudio de García de Enterría, dice:

“Que la requisa de uso continuo en este caso límite, se manifiesta en la circunstancia de que la ocupación sigue devengando la indemnización independiente por este concepto, según el artículo 52, y en la imposibilidad de que la Administración disponga de un título de dominio que, por el contrario (artículo 53), sigue perteneciendo al propietario... Finalmente debe observarse que la situación que se considera es siempre transitoria y que cuando sea francamente irregular se dispondrá de otras medidas de reacción contra la misma (responsabilidad civil de la Administración o de los funcionarios, típicamente)”. El artículo 60 del Reglamento... ha vuelto a la solución doctrinal diciendo que en los supuestos del artículo 52 se suspenderá la inscripción hasta que, fijado definitivamente el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación”.

Asimismo, Carretero Pérez (11), abundando en la misma dirección doctrinal, afirma lo siguiente:

(9) *Op. cit.*, pág. 117.

(10) “*La expropiación Forzosa*”, Abella, Madrid, 1962, pág. 454 y 455.

(11) “*Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*”, Santillana, Madrid, 1966, pág. 173.

“En el interregno entre el depósito previo y el pago definitivo no hay una transferencia de la propiedad, sino una posesión administrativa, sometida a una condición resolutoria; la del pago total. El anticipo que se obliga a depositar a la Administración expropiante tiene el carácter de una cautela. La prueba es que la transmisión de la propiedad es posterior al pago del justiprecio, ya que el acta de depósito previo a la ocupación no es el título inscribible; hasta el pago total no se consuma la expropiación y la inscripción de la transferencia se suspende hasta que, fijado el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación”.

Moreno Gil (12), por su parte, recoge una Sentencia de 29 de junio de 1979 en la que se afirma que los intereses de demora (en los casos de ocupación urgente del artículo 52),

“constituyen una indemnización compensatoria de la privación, al propietario, de la posesión de la finca”; otra de 30 de marzo de 1978 en la que se refiere a una “desafección de expropiación que, al haberse producido antes de la culminación del expediente, fue más bien una ocupación temporal urgente... causándole los perjuicios derivados de la falta de posesión a su propietario, durante el tiempo que estuvo privado de ella”; otras, algo más antiguas (de 27 de abril de 1964 y 6 de noviembre de 1959), en las que se explica que “el derecho de reversión no es continuación de un expediente de expropiación ya terminado, sino un derecho otorgado en ciertos casos a los dueños de fincas expropiadas”, que se califica como derecho de “readquisición”; la Sentencia de 21 de diciembre de 1979 afirma que “aunque el derecho de reversión tenga sus orígenes en el derecho dominical del expropiado, surge “ex novo”, pues no nace con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, sino con la efectiva desafección de los bienes expropiados”; y otras muchas que vienen a corroborar esta misma idea de que la reversión “no es continuación de un expediente expropiatorio anterior” (sentencia de 4 de abril de 1978), sino “un derecho autónomo” (sentencia de 20 de febrero de 1979). Hay también una sentencia de 10 de diciembre de 1979 de gran interés, porque en ella se afirma que “es notorio

(12) “Expropiación Forzosa”, Civitas, Madrid, 1986.

que toda afectación expropiatoria lleva consigo un perjuicio en cuanto implica una disminución de las actividades agrícolas, mercantiles e industriales en el Sector afectado, por la imposibilidad de efectuar transacciones, de obtener licencias para obras nuevas, etc. ... por eso hay daño indemnizable en los supuestos de afección expropiatoria, seguida de una posterior desafección”. Otra Sentencia de 12 de marzo de 1979 dice que “la iniciación de un expediente de expropiación, sin que ésta fuera llevada a cabo después por la Administración, causa un perjuicio indemnizable... distinto de los regulados en los artículos 56 y 57 y exigible al amparo del artículo 121”.

Y continúa

“En resumen, se puede afirmar que existe una jurisprudencia (producida durante las décadas 60 y 70, anteriores a la Constitución) que autoriza y confirma la tesis sustentada; que no hay transmisión de propiedad hasta que se produzca el pago; que la reversión es un derecho autónomo que sólo tiene lugar después de consumada la expropiación; y que en los casos de expropiación interrumpida después de la ocupación urgente hay lugar a la responsabilidad de la Administración”.

Pera Verdaguer (13) se hace eco de una Sentencia de 21 de octubre de 1981, según la cual,

“el acta previa a la ocupación no priva de sus derechos a los propietarios y poseedores”; y otras varias en las que se define, con gran precisión, la diferencia conceptual que existe entre “los perjuicios por la rápida ocupación” y los intereses por demora en la tramitación o en el pago (Sentencias de 21 de diciembre de 1965, 6 de julio de 1950 y 13 de febrero de 1960). Recuerda este comentarista que, en el procedimiento de urgencia, la presentación del acta previa de ocupación y resguardo de depósito provisional provocará una anotación de suspensión (artículo 60.3 Reglamento de Expropiación Forzosa y artículo 32, 3º Reglamento Hipotecario), quedando prevista la conversión de la anotación preventiva en inscripción siempre

(13) “*Expropiación Forzosa*”, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 435, 436 y 437.

que antes de su caducidad (cuatro años, prorrogables por otros cuatro) se presente el documento que acredite el pago del justiprecio.

Este mismo comentarista dice que

“la Ley no trata especialmente de la posibilidad de desistimiento de la expropiación por parte de la Administración, bien que se venga admitiendo tal posibilidad, lo que puede plantear una serie de cuestiones, que son abordada en un interesante trabajo que, motivado por la Sentencia de 18 de octubre de 1986, ha realizado Carretero Pérez, en el que se analiza la doctrina de dicha Sentencia que establece que cabe el desistimiento... sin que queda entender que la iniciación del expediente expropiatorio atribuya a los titulares afectados derecho subjetivo alguno vulnerado con el desistimiento... debiendo indemnizarse en su caso los daños y perjuicios causados”.

A lo que se añade todo un rimerero de Sentencias que confirman esta tesis, las más recientes de 26 de enero y 14 de junio de 1983, 6 de febrero de 1985, 28 de septiembre de 1985, 5 de mayo de 1986 y 18 de octubre de 1986 (ya citada). Hay, pues, una línea constante, en la doctrina y en la jurisprudencia de los últimos 50 años, que avala y corrobora la doctrina que se mantiene.

b) *Voces discrepantes.*

Sin embargo, también es obligado reconocer que ha habido voces discrepantes.

Entre ellas, el Consejo de Estado en varios dictámenes (14).

El propio García De Enterría, en el Curso que dicta en colaboración con el profesor Fernández Rodríguez (15) parece vacilar de sus convicciones sobre este punto, llegando a admitir que

“hay base para sostener que la transferencia de propiedad se consuma en el momento de la ocupación urgente”,

(14) Dictamen de 9 de julio de 1959 y otro, más reciente, de 23 de diciembre de 1986 (nº. 49.684).

(15) *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, 2ª edición, Tomo II, pags. 260 y sigs.

basándose en que así lo ha sostenido el C. de E. (dictamen de 9 de julio de 1959) y en dos singulares trabajos de García-Trevijano y Parada Vazquez (publicados en 1979 y 1969, respectivamente). No obstante lo cual dedica, a continuación, más de seis páginas a criticar “la desnaturalización del sistema” y su “necesaria corrección”, llegando a la conclusión de que “resulta imprescindible, y resulta hacedero sin necesidad de cambio legal alguno, que los gravosos perjuicios que se causan con las expropiaciones urgentes sean indemnizados en su totalidad”.

Por su parte, hay Sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirma, categóricamente, que la ocupación urgente determina por sí sola el traspaso de titularidad dominical a favor del beneficiario de la expropiación (Sentencias de 30 de marzo de 1978, 26 de enero y 14 de junio de 1983, 10 de marzo de 1986 y 1 de junio de 1987).

2. *Los argumentos constitucional, hipotecario y exegetico.*

Junto al argumento de autoridad, y dada su limitación, pues la verdad está en las propias cosas y no en la afirmación de los muchos, hay otros tres que deben ser mencionados.

1. En primer lugar, el argumento *constitucional*: según el artículo 33.3 de la Constitución vigente “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización”. Si no “media” la correspondiente indemnización, nadie puede ser privado de sus bienes y derechos. De donde se deduce que una expropiación no puede entenderse nunca consumada hasta que se haya hecho efectivo el pago del justiprecio, sea antes o después de la ocupación efectiva de los bienes expropiados.

2. En segundo lugar, está el argumento *hipotecario*. Conforme a lo dispuesto en el artículo 60.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa y en el 32.3 del Reglamento Hipotecario, la ocupación urgente no da lugar a una inscripción de dominio, sino tan sólo a una anotación preventiva; que se convierte en inscripción tan pronto como queda acreditada la efectividad del pago, pero que pierde toda su virtualidad si el pago no se produce dentro del plazo de caducidad marcado por la Ley. Si se entendiese que la transmisión forzosa de la titularidad dominical había quedado consumada, con plenos efectos jurídico-reales, desde el momento mismo de la ocupación del bien expropiado, carecería de toda lógica que se dilatase

su inscripción registral, a través del mecanismo, puramente cautelar, de la anotación preventiva, hasta el momento del pago.

3. Concorre, por último, un tercer argumento simplemente *exegético*. El artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa reconoce a los expropiados el llamado “derecho de reversión” en tres supuestos: inejecución de la obra o servicio que motivó la expropiación; existencia de partes sobrantes; y desaparición ulterior de la afectación a las obras o servicios que motivaron la expropiación. Se advierte fácilmente que, en todos estos casos, se da por supuesta la total consumación de la expropiación. Es decir, el pago del justiprecio, la ocupación de los bienes expropiados (anterior o posterior al pago, según se trate de expropiación urgente u ordinaria) y, finalmente, la afectación de los mismos a la obra o servicio que motivó la expropiación. El derecho a la reversión de los bienes o derechos expropiados se define en la Ley como un derecho a “recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio”. El término “recobrar” que utiliza la Ley es muy expresivo, porque indica que el derecho del expropiado está basado en la recuperación de algo que ya tenía perdido, pero que puede “readquirir”, mediante la devolución del justo precio (que se supone que percibió en su momento).

La reversión carece de sentido, en los términos en que la Ley la define, si previamente no ha quedado completa la expropiación, en todo su proceso (ocupación, pago, afectación). Porque no cabe que nadie “recupere” lo que nunca ha dejado de ser “suyo”. No se puede devolver lo que nunca se ha recibido (el justiprecio), ni se puede recobrar una titularidad dominical que en ningún momento se ha perdido, sin perjuicio de las cuestiones posesorias o indemnizatorias que puedan plantearse.

3. *Conclusiones del argumento que se sustenta.*

Estos tres argumentos (el constitucional, el hipotecario y el exegético) llevan a la conclusión de que la expropiación no puede entenderse “consumada” hasta que hayan tenido lugar ambos requisitos: el pago y la ocupación. Porque, si ambos no concurren, no puede operarse la transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados, con plenitud de efectos jurídico-reales.

Ello no quiere decir, como se ha expuesto, que la Administración quede exonerada de su deber de resarcimiento por los perjuicios que hayan

podido ocasionar sus sucesivas decisiones discrecionales y perfectamente legítimas de, primero, expropiar, y, después, desistir de la expropiación.

En síntesis, se pueden dejar establecidas las siguientes afirmaciones:

a) La Administración puede desistir, en cualquier momento, de una expropiación en curso, siempre que guarde las formas y asuma las consecuencias indemnizatorias que de ello se deriven.

b) La transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados no pueden entenderse “consumada” hasta que se haya producido el pago del justo precio, aunque haya tenido lugar su ocupación anticipada, por haberse seguido el procedimiento de urgencia.

c) Si el desistimiento de la Administración se produce después de “consumada” la expropiación (ocupación y pago), solamente cabe ofrecer a los interesados su derecho de “reversión”.

ch) Si se produce antes del pago del justiprecio, no puede haber lugar a la reversión puesto que no se ha consumado la transmisión de la titularidad dominical; ni tampoco cabe reconducir la indemnización al procedimiento expropiatorio, que ha quedado sin objeto.

d) Por consiguiente, el único cauce procesal adecuado para dirimir estas cuestiones es el que señalan los artículos. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

e) Consecuencia obligada de todo lo anterior es que, a la hora de valorar los perjuicios concretos que deben indemnizarse, no hay que tener en cuenta las reglas específicas de la reversión o de la ocupación urgente (artículos 52 y 54 Ley de Expropiación Forzosa); sino las más generales de la responsabilidad administrativa (artículo 139 de la Ley 30/92 y 121 Ley de Expropiación Forzosa) que obligan a que el particular lesionado en sus bienes o derechos, sea resarcido por todos los daños y perjuicios que justifique habersele producido, sin ningún límite ni cortapisa legal.

IV. OTROS ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA TESIS QUE SE SUSTENTA.

Afirmada la tesis que se sustenta y justificada su razón de ser, conviene ahondar en algunos extremos de la misma.

A tal fin, se considera necesario aclarar el punto de partida del que se arranca.

En primer lugar, hay que admitir que el argumento de autoridad (doctrina, jurisprudencia) es siempre relativo, frente a los términos claros e

inequívocos de un texto legal, máxime si se trata de la propia Constitución, norma suprema, cuando acoge y eleva al máximo rango normativo un principio general que ya venía siendo admitido y defendido por una tradición secular.

En efecto, el artículo 33.3 de la Constitución, en este punto, no hace otra cosa que mantener y confirmar el mismo principio que se viene afirmando en nuestro derecho constitucional, ininterrumpidamente, desde la Constitución de Cádiz (1812) hasta el Fuero de los Españoles (1945), permaneciendo constante en las Constituciones de 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, a lo largo de toda una serie de Gobiernos Provisionales, Dictaduras, Monarquías y Repúblicas. Decía la Constitución de 1812, en el artículo 172: “No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni Corporación, ni turbarle en su posesión, uso y aprovechamiento de ella y si en algún momento fuese necesario para un objeto de conocida utilidad pública común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le de el buen cambio a bien vista de hombres buenos”. Las sucesivas Constituciones del siglo XIX sustituyen la expresión “sin que al mismo tiempo sea indemnizado” por la fórmula clásica de “previa siempre la indemnización correspondiente”. La de 1931, en su artículo 44 decía: “mediante adecuada indemnización”; y el Fuero de los Españoles, en su artículo 32, vuelve a hablar de “previa la correspondiente indemnización”.

Es bien sabido que esta misma expresión “previa la correspondiente indemnización” figuraba en el Anteproyecto Constitucional de 1978 y que, a consecuencia de la deliberación parlamentaria, fue sustituida por la actualmente vigente: “mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”.

No se trata ahora de discutir si la indemnización expropiatoria debe ser previa, simultánea o posterior al hecho material de la privación posesoria sino, simplemente, de destacar que el texto constitucional vigente, apoyándose en la tradición secular, sigue manteniendo el principio de que el pago de una indemnización (sea “adecuada” o sea “correspondiente” y aunque no sea “previa”) constituye un requisito substancial del acto expropiatorio, sin cuya concurrencia, anterior o inmediata a la privación posesoria, decae toda su validez y legitimidad. Quedan a salvo, con la sustitución de “previa” por “mediante”, las requisas y ocupaciones urgentes, pero permanece incólume el principio de que nadie puede ser privado de su propiedad si no concurren ambos requisitos: utilidad pública o interés social y pago de la correspondiente indemnización.

Este último no es, como ha querido ver en cierto sector de la doctrina antigua, una consecuencia jurídico-privada del acto de autoridad que decide legítimamente el despojo; sino que es, y los textos constitucionales lo atestiguan, una condición *sino qua non* para que pueda operarse válidamente la mutación forzosa de la titularidad dominical de los bienes o derechos expropiados o requisados; de tal manera que, si no concurre, desaparece el título justificativo que legitimaba la actuación, quedando reducida la apropiación a una pura y simple vía de hecho.

El pago del justiprecio es “algo más” que un puro “crédito de resarcimiento”. Es un presupuesto esencial de validez del negocio jurídico-expropiatorio, que si no se satisface regularmente provoca la nulidad radical del negocio mismo. Desde la perspectiva de las garantías constitucionales es grave el intento de reducir conceptualmente el pago de la indemnización a un puro débito de resarcimiento, cuanto la Constitución y las Leyes no dejan lugar a dudas acerca de su carácter de requisito sustantivo y constitutivo de la expropiación misma. Las cinco Sentencias (16), en las que pretende ampararse la posición contraria se refieren a cuestiones distintas y las expresiones rotundas que se contienen en sus Considerados son, con toda claridad, *obiter dicta* que en nada pueden comprometer la doctrina sustentada. Para comprobarlo, basta con examinar una a una, las Sentencias citadas, haciendo especial hincapié en los supuestos de hecho que las motivan:

1. La *Sentencia de 30 de marzo de 1978*, no sólo no contradice, sino que confirma la tesis, en cuanto afirma que “la desafectación del terreno tuvo lugar antes de consumarse la efectiva expropiación, y sí, tan sólo la ocupación urgente de la finca”. Como se ve, distingue netamente la “ocupación urgente” de la “consumación” de la “efectiva expropiación”.

2. Las dos *Sentencias de 1983, de 26 de enero y 14 de junio*, se refieren ambas a una cuestión de rescate de concesiones sobre aguas del río Ter (Embalse de Sau), que tienen muy poco que ver con la cuestión debatida; sobretodo porque se impone un problema concesional que impide generalizar las conclusiones de dichas Sentencias para aplicarlas a otros supuestos expropiatorios distintos.

(16) Vid. *supra* último párrafo del III.1

3. La *Sentencia de 10 de marzo de 1986*, en su Fundamento Jurídico 3° dice lo siguiente: “Indiscutido el hecho de que la finca no llegó a ser ocupada por la entidad beneficiaria...”. Es claro, pues, que contempla un supuesto distinto.

4. La *Sentencia de 1 de junio de 1987*, finalmente, se refiere a una Orden Ministerial que disponía que la Empresa beneficiaria de la expropiación abonase, además de la cantidad ya depositada como justiprecio, otra cantidad adicional, en concepto de intereses legales, cuya cuantía es, precisamente, el objeto de polémica.

Ninguna de estas cinco Sentencias sienta doctrina acerca del tema, por referirse todas ellas a cuestiones distintas, aunque haya de reconocer que, en alguna de ellas, se deslizan expresiones contrarias. Aunque sin mayor trascendencia porque se trata simplemente de *obiter dicta*.

Por otra parte, el argumento hipotecario es de todo punto incontestable. Que la inscripción de dominio a favor del beneficiario de la expropiación no puede autorizarse hasta que se acredite el pago, permitiéndose tan sólo la extensión de una anotación preventiva, no puede tener otra explicación que la recogida: el beneficiario no adquiere la titularidad dominical, de forma plena y definitiva, hasta el momento del pago. Hasta entonces, sólo dispone de una *possesio ad acquirendum* que puede consolidarse o decaer, según que el pago tenga lugar o no, dentro del plazo legal de vigencia de la anotación. Sólo un “*lapsus mentis*” puede justificar las expresiones que se contienen en la Sentencia de 1 de junio de 1987 y parecen inducir a una interpretación distinta (Considerando primero de la sentencia apelada).

V. OTRA CUESTION DE INTERES: UNA TERMINOLOGIA INCORRECTA.

Antes de concluir, parece obligado llamar la atención acerca de otros aspectos doctrinales de singular importancia que aparecen implicados en la tesis que se sustenta. En primer término, el de la naturaleza jurídica de los acuerdos expropiatorios. Es muy frecuente en la doctrina que, para referirse a la expropiación, se utilicen expresiones tales como “compraventa forzosa”, “transmisión forzosa” y otras similares.

Estas expresiones, aunque el uso generalizado las suele reducir a sus justos términos, son en sí mismas contradictorias, equívocas y paradójicas; y han conducido, en algunos casos, a incurrir en graves errores con-

ceptuales como, por ejemplo, pretender aplicar a la expropiación la doctrina del título y el modo, que según el artículo 609 del Código Civil solamente es aplicable “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, siendo así que la expropiación ni es un contrato, ni es tan siquiera una transmisión derivativa del dominio.

Martin Wolff (17) afirma categóricamente que “la expropiación no es un negocio jurídico, ni por tanto compraventa forzosa”, sino más bien “un acto de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado el traspaso de la propiedad”. A lo que añade que el beneficiario no es un “sucesor jurídico del expropiado” ya que su derecho no se apoya en el derecho del titular anterior.

Entre otros, Castan (18) reconoce que

“si bien es verdad que, en su concepto clásico, la expropiación fue considerada como una venta forzosa, la doctrina moderna —según expone Valverde— rechaza esta opinión, por entender que no existe en aquélla el consentimiento del propietario, al no ser voluntaria la enajenación. El verdadero sentido de la expropiación forzosa, según la orientación moderna, no es otro que el de un acto de derecho público, derivado de la autoridad del estado, como representante de los intereses colectivos”

En el mismo sentido Roca Sastre (19) afirma

“La expropiación forzosa, en rigor, no implica una compraventa forzosa pues no constituye un negocio jurídico de transmisión de propiedad, aunque en el fondo provoque un traspaso de dominio. En ella no se produce una verdadera “sucesión”, sino más bien una adquisición “originaria”.

Y en apoyo de estas mismas ideas recoge la cita de dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 25 de octubre de 1952 y 25 de febrero de 1953.

(17) *Tratado de derecho civil* de Ennecerus, Kipp y Wolf, edición española de Bosch, Barcelona, 1951, Tomo III, vol. 1º, pag. 365.

(18) *Derecho civil español*, Reus, Madrid, 1950, 7ª edic. Tomo II, Pág. 269.

(19) *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1954, Tomo III, pág. 231.

Con el fin de no prolongar más esta exposición, baste con retener las dos ideas básicas que deben tenerse siempre presentes, en el razonamiento expresado: a) que la expropiación no es un contrato, ni un negocio jurídico de derecho privado, sino un acto de autoridad de derecho público y que, por lo tanto, se rige por sus propias normas, sin que puedan serle de aplicación directa las que rigen para los contratos sinalagmáticos; y b) que su consecuencia jurídico privada no es una “transmisión”, sino una auténtica “fractura” de la titularidad dominical, es decir, una adquisición “originaria”, de efectos muy similares a los que dan lugar la ocupación, la usucapción o la adquisición “a non domino” del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

VI. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA TESIS QUE SE SUSTENTA.

Para terminar, deben aludirse a las consecuencias a que puede conducir, en la práctica, la doctrina que se sustenta.

La doctrina adversa pretende ampararse en una mejor defensa de los intereses del expropiado. Un somero repaso de los casos concretos que puedan plantearse será suficiente para tranquilizar esta inquietud en defensa del administrado.

Si la finca no ha llegado a ser ocupada efectivamente, aunque se hubiere levantado el acta de ocupación, no parece que pueda suscitarse ninguna duda acerca de que sigue siendo de propiedad y posesión del expropiado. Por tanto, el desistimiento y cancelación del expediente expropiatorio, sólo pueden dar lugar a un resarcimiento de los perjuicios causados.

Si la ocupación urgente se ha producido efectivamente, con desalojo del propietario expropiado, se plantea la cuestión de si éste, antes de percibir el pago, puede rehúsar la devolución de los bienes expropiados y limitarse a exigir el cumplido pago que se le debe. No parece que en este caso deba prevalecer, sobre la defensa genérica del derecho de propiedad que la Constitución garantiza, la de los intereses concretos de un determinado propietario que prefiera mantener a ultranza los efectos de la privación de sus bienes que se le impuso forzosamente por decisión de la Autoridad.

Finalmente, hay que hacer una alusión a la doctrina de los riesgos, que ha sido expresamente mencionada. Es bien sabido que, sobre este punto, nuestro Código Civil (artículos 1.096, 1.182 y 1.452) acoge la doctrina romana de que *periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet*

(Instituta, III-2, frag. 3º). Es decir que, desde que la compraventa es perfecta, aunque la cosa todavía no haya sido entregada y siga en posesión del vendedor, el riesgo de perecimiento por caso fortuito tiene que ser asumido por el comprador, sin que ello le libere de su obligación de pagar el precio convenido.

Esta doctrina que está referida a la compraventa y, en general, a todas las obligaciones de dar, debe igualmente ser aplicada en los casos de expropiación, y con mayor razón, puesto que se trata de una requisición forzosa que opera *ope legis* y sin consentimiento del propietario.

Por último, debe dejarse constancia de que la tesis que se sustenta favorece al reclamante si se atiende a la disponibilidad de las cantidades que han de ser abonadas por la Administración. Si la reclamación se instrumenta a través del procedimiento de expropiación y éste ya está concluso a resultas de un desistimiento de la Administración, es más que probable que no exista consignación presupuestaria para afrontar el pago de la indemnización, de tal suerte que el damnificado habrá de esperar, al menos, al ejercicio siguiente para hacer efectivo su crédito. Por el contrario, si la reclamación se instrumenta a través del artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, el damnificado tendrá siempre la posibilidad de cobrar de forma inmediata por cuanto los créditos presupuestarios previstos para afrontar el pago de las indemnizaciones derivadas del artículo 139 de la Ley 30/1992 tienen el carácter de “automáticamente ampliables”.

HACIA UN NUEVO DERECHO COMUN EUROPEO

Alejandro Fernández Barreiro
Catedrático en la Universidad de La Coruña

1. En la Historia del Derecho Europeo corresponde a los cultivadores del Derecho privado la paternidad de la primera formulación y realización de la idea de un Derecho común a los pueblos europeos, cuya cultura jurídica deriva de la romana, y del humanismo como corriente de pensamiento el modo de concebir la organización y la fundamentación ética de la convivencia política.

Desde un punto de vista jurídico-cultural, la base de convergencia que sustenta la concreción de aquella idea en la realidad política no se encuentra tan sólo en el hecho de la participación en una cultura jurídica común sino también en la concepción del Derecho como patrimonio de la sociedad civil, lo que conlleva la exigencia de determinados presupuestos de Derecho público. Es en esta dimensión relativa del Derecho en el ámbito de una específica forma de convivencia en donde se encuentra la peculiar identidad de la cultura jurídica y política occidental, que tiene su primer antecedente práctico en la tradición jurídico-política del período romano-republicano, y su más antigua formulación teórica en el pensamiento especulativo aristotélico.

La revitalización de la idea de un nuevo Derecho Común Europeo se presenta como consecuencia de la previa configuración de un *ius publicum europaeum* en el plano constitucional, que admite diversos modos de concreción técnico-jurídica, pero que se fundamenta en principios comunes que constituyen la base de formas de convivencia propias de sociedades abiertas y, por tanto, pluralistas tanto en lo político como en lo cultural, e inescindibles de la idea de soberanía democrática. Aunque la formulación expresa de esta concepción sea posterior al Tratado que generó la

Comunidad Económica Europea (1), no cabe duda que desde un primer momento aquélla constituyó el marco jurídico-político necesario para ostentar la condición de Estado miembro de la Comunidad (2). En coherencia con ello, el *ius publicum europaeum* tuvo una primera concreción en la construcción de la doctrina de los derechos fundamentales como parte integrante de la estructura jurídico-normativa de la Comunidad, por obra del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, primero en relación con los derechos económicos derivados del TCEE y después como constitutiva de una “superlegalidad comunitaria” inspirada en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros (3).

Constituye, sin duda, una novedad histórica-jurídica que la idea de un nuevo Derecho Común Europeo se presente desde el Derecho público constitucional. De todas maneras, se trata tan sólo de una novedad en el plano normativo, puesto que, en realidad, la formulación de un Derecho común en el ámbito del Derecho privado operó siempre desde determinados supuestos de Derecho público que lo hicieron posible, así como tam-

(1) Firmado en Roma el 15 de marzo de 1957; el 14 de diciembre de 1973 se hizo pública en Copenhague, en el marco de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la CEE la “declaración sobre la identidad europea”; en ella, los nueve Estados entonces miembros de la Comunidad afirman su determinación de “proteger los principios de la democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social -objetivo del proceso económico- y del respeto de los derechos del hombre, que constituyen elementos fundamentales de la identidad europea”-, posteriormente, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Copenhague en Consejo Europeo, los días 7 y 8 de abril de 1978, aprueban otra declaración “sobre la democracia” en la que se proclama que la aplicación de los principios a que se refiere la declaración de 1973 “implica un sistema político de democracia pluralista, que garantice la libre expresión de las opiniones en la organización constitucional del poder y los procedimientos necesarios para la protección de los derechos del hombre”; vid., respectivamente, BCE n° 12/73, p. 126, y BCE n° 3/78, p. 5.

(2) De manera expresa así se señala en la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 1979, sobre las perspectivas de ampliación de la Comunidad; el Parlamento solicita “que los Estados actualmente miembros de la Comunidad Europea se comprometan formalmente, junto con los Estados candidatos a serlo, a respetar los principios de los derechos civiles y políticos, así como la democracia pluralista consagrada en sus legislaciones nacionales respectivas y en los Tratados internacionales que han suscrito: la infracción de estos principios, constatada por el Tribunal de Justicia, implica una incompatibilidad con la calidad de miembro de la Comunidad”; J.O.C. 39/47, de 12 de febrero de 1979.

(3) Sobre la primera orientación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y su posicionamiento político-constitucional posterior, vid. López Garrido, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo* (1986), p. 122 ss.

bién en virtud de necesidades prácticas y condiciones políticas a las que vino a dar respuesta. Esta precisión reduccionista, aunque históricamente verificable, no priva, en modo alguno, de todo su valor a un fenómeno como el actual, que se presenta como verdaderamente único, en la medida en que, por primera vez, la construcción de un Derecho común europeo se plantea desde la contemplación del Derecho en su conjunto y en sus diversas manifestaciones.

Es cierto que el Derecho privado aportó la primera realización de la idea de un Derecho común, y con toda razón puede decirse que no hay rama alguna de la ciencia del Derecho que tenga un carácter tan europeo como la rama del Derecho privado, que constituye, sin duda, una de las piedras angulares de la construcción que llamamos Europa (4).

La dimensión europea del fenómeno cultural del Derecho privado es inescindible de la incorporación a la conciencia jurídica europea de un conjunto de ideas jurídico-políticas de antigua formulación, parcialmente concretadas en determinados momentos históricos y tan sólo en ciertos ámbitos territoriales, pero que desde el principio fueron entendidas con vocación expansiva universal para todas las ramas del Derecho. El progreso del pensamiento jurídico y la concurrencia de circunstancias políticas y socio-económicas favorables han contribuido poderosamente a su realización práctica en la segunda mitad del s. XX.

2. Corresponde al gran movimiento espiritual racionalista de los siglos XVII y XVIII el haber establecido los fundamentos (5) para la incorporación del Derecho público al nivel de racionalidad y solidez científica con anterioridad alcanzadas por el Derecho privado; a pesar de las derivaciones políticas negativas de signo estatalista y autoritario de ese movimiento en la Europa continental y de las deficiencias jurídico-normativas iniciales del constitucionalismo continental europeo, no cabe duda de que sobre los progresos realizados a partir de la nueva interpretación europea de la existencia y de la autónoma fundamentación espiritual del mundo natural y social, que arranca de aquel movimiento, se asienta la más reciente expresión de una tradición jurídico-pública, que se adopta hoy como definidora de la identidad europea y por tanto, constitutiva de un

(4) Con estas palabras comienza Koschaker su libro *Europa y el Derecho Romano* (tr. esp., 1955), p. 17, que constituye un clásico de obligada referencia en cualquier exposición de una Historia del Derecho Europeo, así como la significación del Derecho Romano en la misma.

(5) Sobre la génesis de ese movimiento en el campo de la ciencia jurídica, vid. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (tr. esp., 1957), p. 197 ss.

Derecho público común. A ese origen mediato hay que reconducir también el planteamiento actual de la revitalización de la idea de un Derecho común europeo desde una perspectiva global, superadora de su tradicional reducción, al ámbito del Derecho privado, pero también del mantenimiento del Derecho público constitucional al margen de un tratamiento normativo.

Estamos, pues, ante un nuevo momento de la Historia del Derecho europeo y de configuración de un período de Derecho común estructuralmente muy distinto del hasta ahora considerado como el período del Derecho común por antonomasia, que, como fenómeno europeo (6), se desarrolló y expandió desde el s. XII. y que en los países continentales europeos concluyó con el movimiento nacionalista codificador del s. XIX. El actual proceso de recuperación de una común identidad europea, por encima de las peculiaridades de los pueblos que la componen. y la formación del nuevo Derecho común europeo suponen, al mismo tiempo, la superación en la historia jurídica de los supuestos políticos que respecto al Derecho inspiraron el nacionalismo jurídico y la concepción estatista del Derecho.

Los antecedentes (7) del nacionalismo jurídico, que posteriormente adopta la forma de una concepción estatista y territorialmente cerrada del Derecho y de la propia convivencia política, deben situarse entre la segunda mitad del s. XV y la primera del XVI, período durante el cual se consolidan las monarquías nacionales de configuración política absolutista. En el plano jurídico ello se traduce en la destrucción de las variedades constitucionales intra-territoriales, sustituidas por órganos centrales, una tendencia hacia una política legislativa unitaria, que persigue anular los Derechos territoriales particulares, y una jurisdicción centralizada que crea una Jurisprudencia uniforme. Consecuencia de todo ello es la nacionalización del Derecho; pero todavía tiene mayor trascendencia la transformación que se opera en el sistema de las fuentes del Derecho, que se reconducen en exclusiva a la voluntad del soberano, que se coloca por encima del ordenamiento jurídico y se presenta como referente para la validez y legitimidad del Derecho, incluido el Derecho común, que mantiene su vigencia en la medida en que es sancionado como propio por el único titular de la potestad legislativa soberana y, por tanto, con independencia

(6) Calasso, *Introduzione al Diritto comune* (1951).

(7) Calasso (n. 6), p. 121 ss.

de la legitimación por vía racional, según la concepción mantenida por los juristas artífices del Derecho común.

Resulta fácilmente comprensible que a partir de estas premisas jurídico-políticas (8) se desarrollara más tarde el movimiento codificador con un signo marcadamente nacionalista y autoritario; la idea política que persigue como objetivo ese movimiento es la imposición de un único cuerpo normativo que debe considerarse completo y, por tanto, excluyente en cuanto a la necesidad de su integración por cualquier otra instancia o fuente de derecho. Desde estos presupuestos, la idea de la existencia de una comunidad jurídica entre las naciones europeas no pudo dejar de experimentar una fuerte difuminación tan sólo paliada por la evidente realidad de la cultura jurídica común subyacente a las diversas formulaciones normativas de los Derechos nacionales.

Aunque el movimiento codificador aparece ligado a la implantación del Estado liberal y democrático de Derecho, en realidad el origen de ese movimiento se encuentra en el apoyo que recibió por parte de los monarcas absolutos y por la burocracia (9). Su verdadera significación, dentro del espíritu de la tradición jurídica europea, debía de haber sido la reformulación y modernización de esa tradición jurídica, tanto en el ámbito del Derecho privado como, sobre todo, en el Derecho penal y procesal, de tal suerte que se presentaran como exposiciones normativas nacionales en la universalidad cultural que había difundido el *ius commune* y, por tanto, abiertas también a la integración por parte de los diversos elementos que contribuyen a la integración dinámica del Derecho y del pensamiento jurídico (10). Lejos de ello, los supuestos intelectuales y políticos de signo autoritario en que tal movimiento se desarrolló imprimen a las codificaciones un cierto sentido de violencia cultural contra la tradición jurídica anterior, y se convierten en instrumentos de una concepción autoritario-voluntarista del Derecho, que se traslada al Estado democrático como voluntad constitucionalmente manifestada, que quiere mantenerse fuera de toda discusión.

(8) En su dimensión histórico-cultural, las ideas en que se asienta el fenómeno moderno de la concentración estatal del derecho, reproducen, e incluso encuentran su fundamentación jurídico-legal en el momento inicial de las monarquías absolutistas, en la concepción romano-justiniana de la política del derecho; vid. sobre el período justiniano, Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano* (1983).

(9) Wieacker (n. 5), p. 292, analiza el desarrollo del movimiento codificador.

(10) David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (tr. esp., 1973) expone en p. 47 ss. una ponderada valoración de los aspectos positivos y negativos del movimiento codificador.

El positivismo legislativo que se impone en la política del Derecho en el S.XIX en la Europa continental, no sólo declara improcedente cualquier control del derecho así formulado por referencia a criterios metapositivos o positivos no estatales sino también por parte de la propia conciencia jurídica, representada por la Jurisprudencia, tanto judicial como científica, y la vida social contenida en la formación de normas de comportamiento jurídico y valores de conducta por la vía de los usos sociales, de donde arranca también una cierta aversión al derecho de naturaleza consuetudinaria y a cualquier otra forma de producción normativa distinta de la ley estatal (11).

La asunción por el liberalismo de esas ideas político-jurídicas en la versión continental de Montesquieu de la doctrina de la división de poderes determinó la perturbadora identificación del Estado de Derecho con el Derecho del Estado, y una actitud pasiva formalista de los juristas ante el Derecho. La fundamentación teórica del positivismo legalista por parte, principalmente, de la doctrina alemana, como reflejo de una concepción autoritaria del Derecho del Estado entonces prevalente, debe considerarse una involuntaria contribución de la ciencia jurídica al establecimiento de las premisas de validez de sistemas políticos y normativos totalitarios (12), así como el paradójico resultado de la disfunción entre la idea de derecho y el ideal de justicia, consecuencia también de la desvinculación del Derecho de toda fundamentación ética.

Aunque desde una perspectiva histórica no pueden dejar de reconocerse las aportaciones realizadas al Derecho como ciencia por parte del formalismo jurídico y el positivismo (13), no puede desconocerse el hecho de su fundamentación última de signo antihumanista, y, por tanto, su radical incompatibilidad con la concepción del Derecho definidora de la identidad de la cultura jurídica occidental. La superación crítica de

(11) Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale* (1967), p. 201 destaca el signo antijurisprudencial del movimiento codificador inspirado en el positivismo legalista.

(12) Lombardi, (n. 11), p.203 s. pone de relieve esta evolución del pensamiento jurídico como ejemplo ilustrativo de la posibilidad de conducción de una doctrina a finalidades probablemente no previstas por sus formuladores, una vez desvinculadas las ideas del marco histórico-cultural en el que fueron concebidas.

(13) En especial, Kelsen (1881-1913) y su teoría pura del Derecho, en el ámbito del Derecho público; su obra más significativa es *Reine Rechtslehre* (1943); pero también hay que tener en cuenta las contribuciones al positivismo desde el ámbito del Derecho privado, especialmente por parte de la ciencia jurídica alemana-; un análisis general puede verse en Wieacker, p. 321 ss.

tales concepciones en el campo del pensamiento jurídico (14) supuso también un reencuentro con las ideas en las que tiene su fundamentación la concepción europeo-occidental de la existencia y la recuperación de la dignidad del Derecho y de su posición relacional autónoma en el ámbito de la sociedad civil.

3. El positivismo legalista no puede desligarse del fenómeno del nacionalismo jurídico de signo estatalista, que prevalece durante el s. XIX y la primera mitad del s. XX, y que se manifiesta en la autoafirmación de los Derechos nacionales frente a las naciones vecinas, a pesar de la proximidad cultural, sobre la que también se impulsan elementos de diferenciación con propósitos disgregadores. Todo ello contribuyó a la pérdida de la conciencia comunitaria europea, pero también a la anulación de las condiciones para la percepción de la idea de un Derecho común, no sólo a niveles supra-estatales, sino también en el propio ámbito territorial del Estado-nación; el mismo Derecho internacional sólo se entiende como derecho vigente en la medida en que se integra a través de un acto de soberanía nacional en el Derecho interno estatal, que se concibe como el único y, por tanto, elimina la vigencia y posibilidad de desarrollo de otros ordenamientos jurídicos dentro del territorio del Estado-nación.

La formación y desarrollo de un Derecho Común Europeo supone también la superación de estos supuestos jurídico-políticos y de las posiciones y actitudes científicas a ellos correspondientes derivadas del positivismo legalista, así como del nacionalismo estatal que, al menos en su formulación radical, no deja de presentar rasgos extraños a los modos más genuinamente propios de configuración de la organización social en la cultura política occidental.

En efecto, Europa ha diferido siempre de las otras culturas mundiales por su naturaleza no-unitaria. En tanto que las culturas orientales aspiran a configurarse de modo unitario y monolítico, constituye un rasgo específico de la cultura latina el de establecerse y difundirse mediante una cierta

(14) Desde el campo propiamente jurídico tuvo especial importancia el movimiento para la libertad del Derecho que se desarrolla, sobre todo, en Alemania desde finales del s. XIX y durante el primer tercio del s. XX; vid. Lombardi (n. 11) p. 201 ss." en el campo del pensamiento, el cambio de actitud de la ciencia jurídica alemana después de la segunda guerra mundial, sobre todo por lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho y el poder del Estado, vino marcado por Radbruch, con un decidido posicionamiento de rechazo del positivismo jurídico.

ordenación de una diversidad de formas culturales de tipo particular, generando procesos de simbiosis diversificadas, compatibles con el mantenimiento de una unidad espiritual común. En el plano político esto se traduce en la adaptabilidad natural a formas de organización de carácter supra-nacional, pero en la incompatibilidad genética con sistemas de tipo unitario. Podría verse el sello de esta idiosincrasia europea, o al menos configurada su primera forma de manifestación, en la tradición política romano-republicana, que pervive bajo una forma distinta durante el Principado (15), y que se quiebra desde finales del s. III, época en la que se consolida una concepción de la organización política de signo oriental antitética a la representada por la cultura latina occidental.

El primer intento de reconstrucción de la ordenación política de los pueblos europeos que se plasma en el imperio carolingio (16) se asienta sobre esa realidad plurinacional. Con independencia del fracaso de este objetivo político, lo cierto es que Europa ha sido una sociedad de pueblos unidos por una tradición espiritual común, pero expresada en formas diversas; el propio proceso formativo del primer Derecho común constituye un exponente de receptividad en forma diversificada de un fenómeno cultural. La existencia de Europa como identidad cultural depende del mantenimiento de un delicado equilibrio entre la fuerza centrífuga de las realidades nacionales y las tradiciones espirituales comunes que tienden a la unidad europea como fuerza cohesionante que impide la disgregación. La coexistencia de estas distintas fuerzas y el mantenimiento del equilibrio entre ellas es una fuente de riqueza y variedad de matices de la misma y de la propia vida europea. Cualquier forma político-organizativa supra-nacional sólo puede establecerse sólidamente sobre estas bases naturales, que tienen en cierto modo carácter permanente y que alcanzan también a las organizaciones tenitoriales intermedias.

La predisposición hacia formas de ordenación política compatibles con el mantenimiento de diversidades culturales y nacionales pone de relieve la prevalencia del elemento cultural como signo de identidad comunitaria, tanto en lo particular nacional como por lo que se refiere a la identidad supra-nacional europea. Se sigue de ello que el elemento del territorio, puesto en primer plano por la teoría del Estado-nación en función del acotamiento espacial para el ejercicio de la soberanía, es, en realidad, un factor secundario e incluso extraño en la cultura política occidental de

(15) Vid. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I (1965).

(16) Koschaker (n. 4) p. 27 ss.

raíz latina, en la que opera sobre todo el elemento personal de pertenencia a una comunidad político-cultural (17).

Tal es el sentido que presenta en la cultura política romana la pertenencia a la *Civitas*, entendida como comunidad política formada por el conjunto de los ciudadanos y no como una organización político-administrativa delimitada por el territorio; la idea personalista encuentra también expresión en la cultura cristiana, en la que prevalece la idea de pertenencia a una comunidad espiritual de naturaleza extra-territorial; en general, puede decirse también que en toda expresión de pertenencia a una nación como entidad político-cultural, la consideración del territorio aparece como referencia secundaria.

La prevalencia del factor personal y cultural como signo de identidad es trasladable igualmente a la entidad político-cultural europea. Se deriva de ello que tanto en formas de ordenación política supranacional del pasado como en el presente momento histórico, la conciencia de identidad europea trasciende las propias estructuras políticas de tipo organizativo. En consecuencia, el fenómeno cultural del Derecho común no puede circunscribirse ahora, como tampoco resultó así en la Historia del Derecho Europeo, a un determinado marco político-organizativo territorialmente delimitado.

No cabe duda de que el proyecto europeo de vida en común que jurídicamente nace del TCEE provocó una dinámica en la que se produce ahora la idea de un nuevo Derecho Común europeo (18) como marco jurídico referencial del conjunto de los Derechos nacionales y del propio Derecho que nace de la organización político-administrativa comunitaria, pero la naturaleza fundamentalmente cultural de la identidad europea no permite que el ámbito de desarrollo de ese nuevo Derecho común quede circunscrito al área comunitaria ni a los países en ella integrados. La experiencia histórica muestra que el fenómeno del Derecho común está ligado en su desarrollo a la fuerza que le imprimen ciertas condiciones culturales en un momento dado, favorecidas en su difusión por la concurrencia de circunstancias políticas favorables. El presente momento histórico

(17) Su fundamentación se encuentra en la concepción política romana, esencialmente personalista, y no en la idea helenística del territorio, que inspira la teoría del estado-nación; vid. D'Ors, *Sobre el no-estatismo de Roma*, en *Ensayos de Teoría política* (1979) p. 57 ss.

(18) Alonso García, Derecho comunitario, *Derechos nacionales y Derecho común europeo* (1989).

parece propicio para todo ello; no es, pues, una casualidad, sino una consecuencia estructural de la realidad histórica actual, que la conciencia jurídico europea haya comenzado a sentir la necesidad de recuperar elementos de identidad de una tradición jurídica percibida como común, que debe ahora ser reformulada desde nuevos supuestos, pero sin ruptura con aquella tradición.

Una de las tareas de esta incipiente construcción jurídica tiene que ser la aproximación de las familias jurídicas romano-germánica y anglo-sajona, estructuralmente separadas a causa de un desarrollo diferenciado pero integrantes de una cultura jurídica europea común. La confluencia ya operada en el campo del Derecho público constitucional, especialmente por la positiva influencia en los países continentales europeos del constitucionalismo norteamericano es buena prueba de que tal aproximación es, no sólo posible, sino de resultados altamente beneficiosos para el enriquecimiento de ambas familias jurídicas, cuyo punto de encuentro y marca referencial será ese nuevo Derecho común europeo, que constituye, sin duda, una de las metas más ambiciosas para la ciencia jurídica en un momento histórico especialmente brillante y esperanzador para la difusión y recepción universal de las ideas y valores existenciales de la cultura jurídica occidental.

(19) Una exposición general en David (n. 10), p. 24 ss. y 242 ss.

**EL DESARME COMO INTERES JURIDICAMENTE REGULADO
POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.
DESARROLLO HISTORICO-JURIDICO DE LA LABOR DE LAS
NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DESARME (1945-1995)**

Mariano J. Aznar Gómez
*Doctor en Derecho. Profesor Ayudante del Departamento de
Derecho internacional
Universitat de Valencia*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APARICIÓN DEL DESARME COMO INTERÉS JURÍDICAMENTE REGULADO POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. 1. CONCEPTO DE «DESARME». 2. EL DESARME HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.—III. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DEL INTERÉS POR EL DESARME EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: LA LABOR DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DESARME DURANTE LA «GUERRA FRÍA». 1. EL DESARME Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. 2. EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA EN MATERIA DE DESARME Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.—IV. EL DESARME TRAS LA «GUERRA FRÍA». LA ACCIÓN RENOVADA DE LAS NACIONES UNIDAS. 1. EL DESARME TRAS LA «GUERRA FRÍA». 2. LA ACCIÓN *RENOVADA* DE LAS NACIONES UNIDAS.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En 1995 se conmemora el quincuagésimo aniversario de la creación de la Organización de las Naciones Unidas. En las primeras propuestas sobre su Carta constitutiva llevadas a cabo por los Estados Unidos de América, el Reino Unido y la Unión Soviética en Dumbarton Oaks, ya se alumbraba el deseo de corregir los errores de la Sociedad de las Naciones y, para ello, se ponía un señalado énfasis en la esfera de la seguridad colectiva. El 26 de junio de 1945 se firmó en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo los deseos de procurar un mundo en paz se vieron tempranamente afectados por un enfrentamiento ideológico, una política de bloques milita-

res antagónicos entre los antiguos aliados en la guerra contra el Eje y, sobre todo, los pueblos de la tierra pronto conocieron un nuevo poder devastador que iba asolar las ciudades de Hiroshima y Nagasaki. El arma atómica colocaba a la humanidad en el umbral de su autodestrucción; también la impulsaba a la imperiosa necesidad de adoptar medidas de desarme.

A la Organización de las Naciones Unidas le habían sido atribuidas determinadas competencias en materia de desarme. Competencias que pronto se vieron enervadas por la parálisis que la Organización sufrió a causa de la «Guerra fría». Las Naciones Unidas, como organismo vivo e ilusionado, procedió a sortear con mejor o peor suerte los obstáculos que el directorio de las nuevas grandes Potencias les planteaban. Sin embargo, poco pudo hacer sin el concurso de dichas potencias.

Con el fin de la «Guerra fría», en la década de los ochenta se van a producir cambios esenciales en el escenario geoestratégico que provocaron alteraciones fundamentales en la esfera del desarme. En la actualidad, el talante es otro y las dificultades también son distintas. Sin embargo, el interés jurídico de la Comunidad Internacional por el desarme ha cristalizado a lo largo de estos cincuenta años de vida de las Naciones Unidas.

A todo este desarrollo histórico y jurídico dedicamos las páginas que amablemente nos ofrece la *Revista Española de Derecho Militar*. Analizaremos en primer lugar la aparición primera de este interés de la Comunidad Internacional por el desarme. Interés que, hasta 1945 y la Carta de las Naciones Unidas, no aparecerá como un interés jurídicamente regulado por el Ordenamiento internacional. A continuación llamaremos la atención del lector sobre dicha regulación durante la época de la «Guerra fría» y, en especial, la labor y las ausencias de las Naciones Unidas en dicha regulación. Finalmente, analizaremos brevemente los cambios que en materia del desarme y en la función de la Organización en dicha esfera se están produciendo tras la «Guerra fría».

II. LA APARICIÓN DEL DESARME COMO INTERÉS JURÍDICAMENTE REGULADO POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El desarme, como interés jurídicamente regulado, surge en este siglo. El desarme, como interés político —que ya animó al Zar Nicolás II y al Presidente Wilson a promover las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907— había impulsado a los gobiernos a intentar, con sucesivos

fracasos y relativos aciertos, medidas de desarme como resultado de la idea de superar la guerra como medio de solución de conflictos. Desarme y guerra, como intentaremos mostrar en las páginas que siguen, han tenido un desarrollo ciertamente paralelo.

«The evolution —advierte Bogdanov— of the disarmament problem from one of political nature into a problem of international law began clearly in the twentieth century. Such an evolution immediately followed the prohibition by international law of aggressive war. In fact both these developments were closely interconnected. And this is quite natural: the implementation of disarmament has at its logical prerequisite the banning of war as an instrument of national politics. That is why it is not accidental that both the above—mentioned evolutions started in international life more or less simultaneously» (1).

Un propósito de este trabajo es afirmar tal relación. En este primer epígrafe nos detendremos en el análisis del desarrollo histórico de la empresa del desarme hasta 1945, fecha en la que —como punto de inflexión— el desarme va a mostrar nuevos perfiles. En todo caso, dado que el término “desarme” va a estar presente a lo largo de las páginas que siguen, debemos llevar a cabo una aproximación al concepto que encierra, como idea previa de la cual poder servirnos en nuestra investigación.

1. CONCEPTO DE «DESARME»

En múltiples ocasiones — y en muy diversos foros — se ha utilizado el término “desarme” junto con otros muchos de semejante factura: o bien lo completan aportando nuevas ideas, o bien lo sustituyen por otros que amplían o reducen su contenido. Así, términos como *arms control* o “control de armamentos” y “regulación de armamentos” han estado presentes en todo el ámbito del desarme.

La Carta de las Naciones Unidas (2), en su artículo 11, habla del «desarme y la regulación de los armamentos». De un «sistema de regulación

(1) BOGDANOV, V.: “The Outlawry of War, and Disarmament”, en *R.C.A.D.L* (vol.133),1971-11, p. 21.

(2) El Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, en su artículo 8 hablaba simplemente de la “reducción de los armamentos”.

de armamentos» habla asimismo el artículo 26 de la Carta. Por su parte, el artículo 47 de la misma vuelve a recoger ambos términos: desarme y regulación de armamentos (3). En este sentido va a seguir actuando la Organización de las Naciones Unidas si bien la doctrina que ha estudiado toda la materia del desarme va a utilizar también otro término distinto: el *arms control* o, en francés, la *maîtrise des armements*.

Arms control, desarme y regulación de armamentos describen el conjunto de políticas y esfuerzos que se han llevado a cabo en materia de control de los armamentos. Nuestra intención será ahora intentar delimitar qué ha supuesto cada uno de estos términos para, finalmente, elegir una terminología que entendamos más acorde con la situación en la materia y la claridad didáctica y metodológica.

Por *arms control* se ha entendido

«the possibility of an actual reduction of arms, that is, disarmament, either in limited or extensive ways. It also includes the possibility of constraints on armament that may or may not entail a reduction of forces, of the sort sometimes described as “arms limitation” [...]» (4).

Se confunden pues *arms control* y desarme al incluirse este último en el primero. Sin embargo, para otros autores desarme y *arms control* son cuestiones distintas.

«Disarmament —dirá Henkin— means the reduction or elimination of weapons and vehicles for delivering them, as well as prohibitions on either further manufactures; arms control, strictly, means that weapons will remain but that nations may conclude

(3) Los textos de la Carta en inglés y en francés recogen la misma terminología: *disarmament* y *regulation of armaments* en el primero, y *désarmement* y *reglementation désarmements* en el segundo.

(4) BRENNAN, D.G.: “Setting and Goals of Arms Control”, en BRENNAN, D.G. (Ed.), *Arms Control, Disarmament and National Security*, Nueva York (George Braziller) 1961, p. 31.

LYSEN ha recogido otras definiciones. Así, *arms control* significará para BULL «restraint internationally exercised upon armaments policy, whether in respect of the level of armaments, their character, deployment or use»; para DE LUPIS supondrá «any measure of restraint of testing, manufacturing, possessing or deploying of a specific type of weapon» [LYSEN, G., *The International Regulation of Armaments: The Law of Disarmament*, Uppsala (Iustus Förlag) 1990, p. 59].

agreements about their use and deployment in order to reduce the likelihood or the severity of war» (5).

Así pues, podríamos decir llegados a este punto que el término “desarme” implica la eliminación o destrucción de determinados tipos de armamentos; arms control, por su parte, parece suponer un más amplio espectro de medidas (6) que, en su caso, incluiría al desarme —tal como ha sido antes definido—, la limitación de armamentos y su regulación (7).

Han sido, por lo tanto, diversas las posturas terminológicas sobre la materia de desarme; sus contenidos también han sido distintos. Nosotros, sin embargo, puestos a acometer una delimitación terminológica para facilitarnos la elección de los términos más adecuados, debemos traer primero a estas líneas el «Programa Comprensivo de Desarme» (8) que, tras ser expuesto a la Conferencia del Comité de Desarme, y presentado el 18 de noviembre de 1970 a la Primera Comisión de Naciones Unidas por

(5) HENKIN, L., *Disarmament - The Lawyer's interests*, en “Background Papers and Proceedings of the Fourth Hammarskjöld Forum”, Nueva York (Oceana Publications, Inc.) 1964, p. 3. RÖLING los distingue como sigue: el arms control consistirá en «all the measures which may prevent that armed power will turn dysfunctional, will create its own perils or will become unable to fulfil its only role, deterrence and defense»; desarme, mientras tanto, implica «a substantial reduction in the level of forces» (RÖLING, B.V.A.: “The Law of Arms Control and Disarmament”, en *Essays of International Law in Honour of M. Lachs*, La Haya, 1984, p. 731).

LYSEN recoge otras definiciones posibles: BULL y SHAKER entienden por *disarmament* «the reduction or abortion of armaments. It may be unilateral or multilateral; general or local; controlled or uncontrolled»; para DE LUPIS *disarmament* «implies the reduction in, or renunciation of, a type of weapon»; y MYRDAL lo entiende como «the banning of certain types of weapons, of their production, stockpiling, deployment and use; the limitation of certain types of armaments quantitatively and qualitatively; the limitation of possibilities for improving armas qualitatively» (LYSEN, *The International...*, pp. 59 y 60).

(6) «It is useful —señala BRENAN— to think generally of arms control as a cooperative or multilateral approach to armament policy - where “armament policy” includes not only the amount and kind of weapons and forces in being, but also the development, deployment, and utilization of such forces, whether in periods of relaxation, in periods of tension, or in periods of shooting wars» (BRENAN, *Setting and Goals...*, p.30).

(7) Esto es lo que viene a hacer GRAF VITZTHUM. Señala que el control de armamentos (*arms control*) está constituido por tres elementos: una obligación material, otra formal, y una última procedimental-institucional. La obligación material —que es la que ahora nos interesa— incluye el desarme (eliminación total o parcial de armas), la limitación de armamentos, la regulación de los mismos y las medidas generadoras de confianza (GRAF VITZTHUM, W.: “El derecho del control de armamentos de la era de la verificación”, en *Universitas*, vol. XXIX, n.º 1/2, 1991, pp. 63 y 64).

(8) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Anexos, vigésimo quinto periodo de sesiones*, tema 27 del programa, documento A/8191.

Irlanda, Marruecos, México, Pakistán, Suecia y Yugoslavia como anexo a un proyecto de Resolución, recogía en su Introducción que

«[p]arece aconsejable señalar que el vocablo “desarme” se utiliza en el mismo sentido que lo ha sido en los diversos foros de las Naciones Unidas, esto es, como un término genérico que abarca y puede designar todos los tipos de medidas que guardan relación con la cuestión, ya sean medidas para la prevención, para la limitación, para la reducción o para la eliminación de los armamentos, o para la reducción de las fuerzas militares».

En efecto, va a ser ésta la terminología que nosotros utilicemos (concepto amplio de “desarme”) (9), completándola con una serie de ideas sobre los distintos aspectos y medidas que quedarán englobadas en dicho «término genérico» de desarme.

Teniendo en cuenta la anterior delimitación, el término desarme incluiría cinco tipos de medidas distintas (10):

a) *Desarme en sentido estricto.*— Supone la eliminación total de determinadas armas y la prohibición subsiguiente de reconstruirlas me-

(9) Como asimismo hacen KALSHOVEN, F.: “Arms, Armaments and International Law”, en *R.C.A.D.I* (vol. 191), 1985-II, pp. 305 y 306; MYRDAL, A., *El juego del desarme*, Madrid (Ed. Debate) 1984; COLLARD, D., *Le désarmement*, París (Armand Colin) 1972, p. 17; LYSEN, *The Regulation...*, p. 62 et seq.

Por su parte, el *Dictionnaire de la terminologie du droit international* lo define como «le fait d'un ou plusieurs États supprimant leurs effectifs, matériels et préparatifs militaires pour ne conserver à leur disposition que des forces de police. Dans les négociations sur cet objet on a fréquemment englobé dans ce terme la réduction et la limitation des armements» [*Dictionnaire...*, París (Sirey) 1960, p. 207].

(10) VIRALLY por su parte distingue entre «*désarmement* propement dit, qui suppose réduction et destruction des armements existants et interdiction d'en reconstituer, la *réglementation des armements* qui peut consister à soumettre seulement l'expansion des armements à des limites quantitatives ou qualitatives (y compris la prohibition de certaines catégories d'armes), fixées par des règles juridiques, et enfin ce qu'on appelle dans le langage technique les “mesures collatérales”, etc. Ces dernières se bornent à limiter le potentiel militaire ou à interdire certaines opérations destinées à le renforcer, sans toucher aux niveaux d'armements, par exemple par l'interdiction d'essais nucléaires, la non-dissémination des armes nucléaires, les zones “dénucléarisées”, etc» [VIRALLI, M., *L'Organisation Mondiale*, París (Armand Colin) 1972, p. 437].

Vide asimismo LYSEN cuando, hablando del contenido del *Law of Disarmament*, distingue entre las “sub-partes” siguientes: *disarmament*, *limitation of armaments*, *preventive limitations of armaments* y *accessory requirements* (LYSEN, *The Regulation...*, pp. 62 y 63).

dian­te cual­quier meca­nismo; la pro­hi­bi­ción puede ser por zonas, por tipos de armas (de destrucción en masa o no; nucleares, químicas o convencio­nales) o por categorías de armas (estratégicas, tácticas, de teatro de opera­ciones; balísticas, de crucero, de corto alcance, etc.) (11).

b) *Limitación de armamentos.*— Estas medidas crean un umbral o umbrales máximos de permisividad en la posesión de cantidades y calidades de armas respecto de zonas, tipos y categorías (12).

c) *Regulación de armamentos.*— Con el término “regulación” se designa una categoría distinta de medidas que pretenden llevar a cabo una reglamentación más omnicomprensiva respecto de un determinado arma­mento. Como hemos visto el desarme en sentido estricto supone la elimi­nación de cierto armamento; la limitación, sin embargo, permite que siga existiendo dicho armamento pero en las cantidades señaladas al efecto. La regulación supone que pueden llegar a establecerse la prohibición de posesión de determinadas categorías de armas, pero también puede incluir la prohibición de desarrollo, investigación, etc (13).

d) *Medidas auxiliares.*— Pretenden limitar el potencial militar o prohibir ciertas operaciones destinadas a reforzarlo a través de medidas de muy distinta factura: no proliferación nuclear, prohibición de ensayos nucleares, zonas desnuclearizadas, etc (14).

e) *Medidas previas.*— Bajo este último epígrafe cabrían toda una suerte de esfuerzos que promueven medidas de desarme como cualquiera de las anteriores mediante la adopción de medidas que fortalecen la mutua confianza entre las partes, bien a través del establecimiento de canales directos de negociación, bien mediante el establecimiento de líneas direc-

(11) En este sentido encontraríamos, por ejemplo, el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la eliminación de sus misiles de alcance intermedio y de alcance menor*, de 8 de diciembre de 1987.

(12) Un ejemplo de estas medidas podría ser el *Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa*, de 19 de noviembre de 1990.

(13) Este es el caso, por ejemplo, de la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción*, de 10 de abril de 1972.

(14) Así, el *Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares*, de 1 de julio de 1968, o el *Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua*, de 5 de agosto de 1963, o el *Tratado para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina*, de 14 de febrero de 1967, serían ejemplos de medidas auxiliares.

tas o foros de consulta para la prevención de conflictos en materia de desarme o su solución una vez acaecidos (15).

Así pues, este es el concepto y contenido genérico que asumiremos en las páginas que siguen. Concepto y contenido englobados en un término que, si bien de muy amplio espectro, entendemos recoge mejor la idea actual del desarme. La imprecisión genérica del término creemos se soluciona con la determinación más precisa de cada uno de las posibles medidas que su contenido encierra.

2. EL DESARME HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Ciertamente la guerra ha acompañado al hombre desde el primer momento de su existencia. Sin embargo, a la vez que el hombre ideaba nuevas formas de destrucción, las ideas, los espíritus iluminados, las conciencias rectas o los intereses más espúreos han provocado que en determinados momentos se pusieran límites a la guerra, sus modos y medios. Sin abandonar la guerra como *ultima ratio regis*, las naciones han buscado regular de alguna forma el acceso a dicha guerra y los modos de combatir en ella. Sin embargo, la reducción o eliminación de los medios (esto es, el desarme) ha estado relegada a un segundo plano. Tan sólo influido por los modos de hacer la guerra (el *ius in bello*), determinados armamentos fueron proscritos de los ejércitos.

Un somero repaso histórico (16) nos permitirá asistir al interés esencial de los hombres por regular jurídicamente el acceso a la guerra (*ius ad be-*

(15) Un ejemplo sería el *Memorando (y Anexo) entre los EE.UU. y la U.R.S.S. sobre la avenencia acerca del establecimiento de una línea de comunicaciones directas*, de 20 de junio de 1963.

(16) Ayudados por obras como las de BOURQUIN, M.: "La Sainte-Alliance. Un essai d'organisation européenne", en *R.C.A.D.I. (Vol.83)*, 1953-II, pp.377 a 463; CALOGEROPOULOS-STRATIS, S., *Le recours à la force dans la société internationale*, Lausane (Col. L.E.P. Université) 1986; CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid (Ed. Tecnos) 1991; MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Madrid (Ed. Atlas) 1979, pp. 315 et seq.; NUSSBAUM, A., *Historia del Derecho Internacional*, edición española, Madrid (Ed. Revista de Derecho Privado) 1949; PAENSON, I.: *Terminology of the Law of Armed Conflicts and Humanitarian Organizations*, Bruselas (Ed. Bruylant) 1983 [vol III] y 1989 [vol.IV]; RUTGERS, V.H.: "La mise en harmonie du Pacte de la Société des Nations avec le Pacte de Paris", en *R.C.A.D.I (Vol 38)*, 1931-IV, pp. 5 a 123; TAUBE, M. (Baron de):

llum) y por establecer un control de la conducta de los combatientes en los conflictos armados (*ius in bello*), siendo olvidado el capítulo del desarme.

2.1. *El desarme hasta la Primera Guerra Mundial*

El acceso a la guerra en los pueblos de la antigüedad se encontraba ya regulado en textos casi remotos en el tiempo (17). No obstante, será en los pueblos judío, griego y romano cuando la regulación de la guerra empezará a tener una relevancia especial a efectos de su estudio. Todos ellos imprimían en su regulación el rasgo típico de su estructura social y religiosa: para el pueblo judío existían y se justificaban las guerras de Dios; para el pueblo griego la regulación de la guerra tenía presente la configuración de ciudades-estado, que creó entre ellas una red de alianzas y pactos (las *ligas*) que ordenaban el acceso a las guerra. Por último, los romanos adoptaron el *ius fetiale* que, cargado de formulismo originalmente religioso, regulaba casi litúrgicamente el acceso a la guerra y su justificación.

El cristianismo influyó decisivamente en la regulación de la guerra, pudiéndose distinguir dos etapas claras: en la anterior a la conversión del Imperio romano al cristianismo (Edicto de Milán, año 313), las doctrinas evangélicas negaban la guerra desde un pacifismo absoluto (Tertuliano, Lactancio, Orígenes y San Ambrosio). Más tarde, desde que la Iglesia se identifica con el Imperio, la guerra se justificará en razón de la necesidad de defender ambas instituciones de los bárbaros llegados desde más allá del *limes*. SAN AGUSTÍN será, desde el siglo IV de nuestra era, el gran inspirador teórico del concepto de *guerra justa*. Junto a este desarrollo doctrinal se produjo asimismo una primera regulación del *ius in bello* que, influida tanto por Cicerón y Séneca como por los Padres de la Iglesia, va a oponer el *bellum nefarum* al *bellando pacificus*. En cualquier caso, durante esta época, ni príncipes ni teólogos van a mostrar interés alguno por regular la capacidad de poseer armamentos.

“L’inviolabilité des traités”, en *R.C.A.D.I.* (Vol 32), 1930-11, pp. 295 a 389; TRUYOL SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4.ª edición, Madrid (Ed. Tecnos) 1977; VAN KAN, J.: “Règles générales du droit de la paix. L’idée de l’organisation internationale dans ses grandes phases”, en *R.C.A.D.I.* (Vol 66), 1938-IV, pp. 299 a 599.

(17) Libro del Génesis, acuerdos entre antiguas ciudades mesopotámicas sobre sus límites geográficos, las leyes de Hammurabi del 2100 a.C., o el pacto entre egipcios e hititas (1280 a.C.) en el que se renunciaba a la guerra y se establecía un régimen de paz perpetua.

Con este aparejo filosófico se va a llegar al occidente renacentista. Sin embargo durante los siglos XV a XVI tres aspectos nuevos van a determinar las nuevas doctrinas sobre la guerra: de un lado la aparición del Estado moderno (con España y Francia a la cabeza); de otro, el enfrentamiento con el Islam; por último, el descubrimiento de nuevos mundos y los anhelos que ello suscita. Estas cuestiones van a provocar tensiones que van a influir en la regulación de la guerra. El enfrentamiento entre los nuevos Estados va a provocar un efecto centrífugo —conflictos entre los Estados (18)— mientras que el enfrentamiento con el Islam tendrá como consecuencia un efecto centrípeto —*la unidad cristiana europea* (19)—. Ambos aspectos, sin embargo, no favorecieron en modo alguno que se concluyeran medidas de desarme dado lo conflictivo de la escena.

Tras la Paz de Westfalia (1648) se produjeron una serie de acontecimientos cuya incidencia pervivirá hasta nuestro siglo. El desarrollo del Estado provocó que el concepto de soberanía absoluta primase por encima de cualquier otra consideración. Por otro lado, las consideraciones más o menos ecuménicas de periodos anteriores van a verse sustituidas por el imperio de lo comercial, en gran medida debido a la preponderancia moderna de los Estados del norte de Europa. El desarrollo económico de Europa se vio asimismo favorecido por la cesación de la amenaza constante del Islam. Por último, las nuevas rutas abiertas implicó no sólo la toma de conciencia sobre la existencia de lejanas potencias sino también la necesidad comercial de someterlas al arbitrio de las grandes potencias europeas y las ententes creadas entre ellas.

El *iustum potentiae equilibrium* logrado en Europa tras la Paz de Utrech (1713) permitirá un relativo sosiego bélico en el continente (20). Aunque

(18) Cuyo resultado va a ser la aparición de tres enfoques distintos de la regulación de la guerra: el enfoque teológico y más universal (VITORIA, SUAREZ y toda la escuela española), un enfoque que podríamos denominar «estatalista» (con MAQUIAVELO y GROCIO al frente), y un enfoque humanista-pacifista (con ERASMO, VIVES y MORO como máximos exponentes).

(19) Unidad cristiana que, con reminiscencias del “sacro imperio romano”, en algunos casos pretendía construirse alrededor del dominio de una de las grandes potencias europeas (MARIGNI, CAMPANELLA y SULLY). En otros casos los intentos fueron más ecuménicos y pacifistas (PODIEBRAD). A ello se debe sumar el declive del poder papal que, en cierto modo, hubiera sido el aglutinante de dicha “unidad europea”.

(20) «Las guerras religiosas —advierde NUSSBAUM— dejaron paso a las guerras ‘dinásticas’ o de ‘gabinete’, de carácter menos revolucionario y menos devastadoras, abriendo así el camino a mayores oportunidades para la actividad diplomática y para la argumentación y discusión jurídicas. Casi todas las naciones europeas hicieron grandes progresos tanto en civilización como en riqueza» (NUSSBAUM, *Historia...*, p. 137).

ello favoreció un desarrollo del comercio e intercambios sociales y culturales, no estuvo exentos de tensiones. Frente a estas se opusieron proyectos y declaraciones de neutralidad (21) y proyectos de paz perpetua e, incluso, desarme de las naciones (BENTHAM y KANT). Sin embargo —tras el proceso revolucionario en América del Norte (1776)— la Europa de finales del siglo XVIII presencié la revolución francesa que, desde 1789, va a cambiar la teoría de las relaciones nacionales y, como no, de la internacionales.

No obstante los afanes revolucionarios, en los que se tuvo presente la regulación de la guerra (22), tampoco se dio avance alguno en materia de desarme durante esta época y mucho menos durante su epílogo napoleónico. Los campos de batalla de finales del XVIII y principios de XIX presenciaron atrocidades y barbarie humana fruto, en gran medida, del cada vez más extendido uso de la artillería y otros medios de guerra tan devastadores como eficaces en la destrucción del ser humano.

Cuando se puso fin al Imperio napoleónico, las potencias hegemónicas europeas— Inglaterra, Austria, Prusia y Rusia —obligaron a Francia a acudir a Viena y acordar allí la nueva situación en Europa. El Congreso de Viena va a establecer el *Concierto Europeo bajo el Directorio de las grandes potencias* (Concierto de las Potencias o de las Naciones) (23). Concierto que pervivirá media centuria, hasta los procesos revolucionario francés de 1848 y nacionalistas italiano (1860) y alemán (1871), pero que dejará su impronta hasta la Iª Guerra Mundial.

(21) Así los problemas de la neutralidad de Prusia durante la guerra franco-inglesa (1744-1748), que dio pie al llamado caso de los “Préstamos de Silesia”; la declaración de neutralidad Rusa de 1780, a la que se unieron mas tarde otras potencias, y la posterior y mas desafortunada de 1800; o la Ley de Neutralidad americana de 1794.

(22) La *Déclaration du Droit des Gens*, sometida en 1795 a la Convención Francesa, y varios Decretos sobre la guerra, no fueron aprobados como se pretendía, esto es, a la par que la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Fue propuesta y modificada sucesivamente por su precursor, el Abate GREGOIRE. En ella, tras declarar el “estado de naturaleza”, se proponían como principios básicos la inalienabilidad de la soberanía de los pueblos, la libre determinación de la forma de gobierno y la prohibición de ataque por parte de Francia a la libertad de otro país. Al no ser aprobado, se pretendió implementar con un Decreto de la Asamblea Nacional de 22 de mayo de 1790 (incorporado a la Constitución de 1791), por el cual se renunciaba a la guerra de conquista, al ataque contra la libertad de otras naciones, declarándose mas tarde en otra norma el principio de no intervención (Decreto de la Convención de 13 de abril de 1793, incorporado a la Constitución de 1793).

(23) A partir de 1818 el Concierto se divide en dos bandos: de un lado la denominada *Santa Alianza*, compuesta en principio por Austria, Prusia y Rusia, y de la cual participó Francia hasta 1848 en que se alineó con el otro bando. Este era liderado por Inglaterra, separada de los regimenes absolutistas de las otras potencias y con una orientación más marítima que continental.

Europa se va quedando pequeña para el Derecho Internacional. Tras la guerra de Crimea, se firma el 30 de marzo de 1856 el Tratado de París por el que se invita a Turquía «a participar de las ventajas del Derecho Público y del concierto europeo». El Derecho de gentes, que había dejado de ser cristiano en Westfalia, deja de ser europeo en el siglo XIX con la ampliación de nuevos círculos que, de meramente tangenciales —siguiendo la idea de Truyol—, pasan a ser concéntricos. El acceso de los Estados americanos, de Turquía, Persia, Siam, China y Japón a las “ventajas del Derecho Público” se hará siempre teniendo como centro la idea occidental de derecho y de sociedad (24).

El siglo XIX muestra —sobre todo en su segunda mitad— una situación de relativa tranquilidad, no exenta, sin embargo, de múltiples tensiones: los Balcanes, Polonia, Francia, la cuestión colonial, los nacionalismos, las guerras en Oriente, etc. Aun así, se ha venido en llamar este periodo como de “paz armada” (25). Periodo en el que se consiguen grandes avances, sobre todo, en el *ius in bello*, ya que el *ius ad bellum* se mantendrá en los mismos parámetros jurídicos que hasta entonces (26).

En el Congreso de Verona de 1822, la Santa Alianza, fiel a su principio de mantener los regímenes tradicionales y absolutos de las monarquías en Europa y, por lo tanto, su *status quo* en las colonias, pretendió intervenir en la América hispana para frenar los procesos revolucionarios e independentistas frente a la metrópoli. Austria, Prusia y Rusia —y en esta ocasión también Francia— buscaron reponer las colonias bajo soberanía del Rey de España, a lo cual Inglaterra se opuso con una aguda visión de política comercial y zonas de influencia. Sin embargo, no será esta oposición británica la que aborte la intervención de los aliados. El 2 de diciembre de 1823, ante el Congreso de su joven Nación, el presidente estadounidense James Monroe expone su célebre Doctrina, no sólo para frenar las intervenciones europeas en hispanoamérica, sino también frente a las pretensiones territoriales rusas al sur de Alaska. Esta Doctrina —que va a iluminar la política exterior estadounidense hasta bien entrado el siglo XX— se resume en tres puntos: 1) neutralidad de los Estados Unidos ante los conflictos que ocurran en Europa; 2) evitar la intervención de las potencias europeas en el continente americano; y 3) cerrar este continente a futuras pretensiones colonizadoras. Salvo leves excepciones, esta Doctrina fue aceptada en Europa y, desde ese mismo instante, los Estados Unidos son tenidos como una nueva potencia a tener en cuenta.

(24) «El carácter europeo-occidental del orden internacional —dirá CARRILLO SALCEDO— no quedó afectado, sin embargo, por estos procesos, ya que en América los nuevos Estados independientes no impugnaron el sistema de Derecho internacional sino que se incorporaron a él, mientras que la incorporación de los pueblos de Asia y de África se hizo de modo pasivo y desigual, sobre la base de la expansión imperialista y colonial de occidente» (CARRILLO, *El Derecho Internacional...*, p. 38).

(25) MIAJA, *Introducción...*, p. 519; TRUYOL, *Fundamentos...*, p. 161.

(26) Salvo el avance que supuso la Conferencia de la Haya de 1907, sobre la prohibición del recurso a la guerra para el cobro de deudas convencionales (Convención Drago-Porter).

El espíritu que inspiró las Conferencias de Ginebra y, sobre todo, de la Haya en los últimos años del siglo XIX se mantuvo con el comienzo de nuestro siglo. La convocatoria en 1907 de otra Conferencia de paz se vio truncada por el estallido de la Primera Guerra Mundial, pero su vocación de organizar institucional y permanentemente métodos para la consecución de la paz tuvo su reflejo en la constitución de la *Sociedad de las Naciones*. Sin embargo, durante todo el periodo histórico anterior, en ningún momento se dio medida alguna de desarme. Tendrán que ser los albores del siglo XX los que vislumbren los primeros intentos de regular internacionalmente la cuestión de los armamentos. No obstante, es necesario advertir que muchas de las medidas de *ius in bello* que se habían acordado, supusieron indirectamente un relativo control de los armamentos al regular, limitar o prohibir ciertos modos de combatir o el uso de determinados tipos de armamentos en caso de guerra (27).

2.2. *La labor de la Sociedad de las Naciones en materia de desarme (1919-1945)*

El periodo que se abre con la Sociedad de las Naciones (28) fue prolijo en intentos de desarme pero ayuno en resultados. Políticamente la Sociedad quiso basar su existencia en una célebre trilogía —seguridad, arbitraje y desarme— que debía solucionar los problemas que provocaron la Primera Guerra Mundial. Para ello, el artículo 8 del Pacto reconocía la íntima relación entre paz y reducción de armamentos estableciendo que esta reducción tendría que darse hasta el «*mínimum compatible con la seguridad nacional y con la ejecución de las obligaciones internacionales impuestas por una acción común*» (párrafo 1). Así pues se establecían dos límites: las necesidades de defensa nacional y las necesidades de apoyar una “acción común” ex artículo 16.2. En cuanto a las necesidades de seguridad

(27) Muchos son los ejemplos que podríamos citar; tan solo recordaremos la Declaración de San Petesburgo, de 11 de diciembre de 1868, de renuncia al uso en la guerra de proyectiles explosivos de peso inferior a 400 gramos; o las Declaraciones de La Haya, de 29 de julio de 1899, respecto a la prohibición del uso de proyectiles cargados con gases asfixiantes, a la prohibición de lanzamiento de proyectiles desde globos u otros objetos análogos y la prohibición del uso de proyectiles *dum-dum*.

(28) Vide en general WALTERS, F.P., *Historia de la Sociedad de Naciones*, edición española, Madrid (Ed. Tecnos) 1971; y DE BROUCKERE, L.: “Les travaux de la Société des Nations en matière de désarmement”, en *R.E.C.A.D.I.* (vol.25), 1928-V, p.372.

nacional el artículo 8 establecía un procedimiento a seguir: 1º) el Consejo de la Sociedad prepararía los planes de reducción atendiendo a la «*situación geográfica y las condiciones especiales de cada Estado*» (párrafo 2) siendo estos planes revisables por el Consejo (párrafo 3); y 2º) una vez aprobados estos planes por los Estados, se cumplirían los límites en ellos previstos salvo consentimiento expreso del Consejo (párrafo 4) (29).

El Pacto no creaba un sistema de seguridad completo puesto que podía darse el caso de guerras “lícitas” a su tenor y que, sin embargo, fueran manifiestamente en contra de la esencia del *Covenant* (30). Para remediar esta “grieta” en materia de seguridad del Pacto se concluyeron varios acuerdos que, por una razón u otra, nunca fueron efectivos: el *Tratado de asistencia mutua* de 1923, el *Protocolo para la solución pacífica de las disputas internacionales* (o Protocolo de Ginebra) de 1924, los Acuerdos de Locarno de 1926, el *Pacto de París* (también conocido como Pacto *Briand-Kellog*) de 1928 o el *Acta General para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales* de 1928 (31). Todos ellos pretendieron llegar a un equilibrio jurídico que permitiera evitar el recurso a la guerra para la solución de las diferencias internacionales y que éstas se dirimieran mediante procedimientos de arbitraje. Sin embargo, ni el Pacto ni esos acuerdos lograron evitar que la guerra siguiera siendo el último recurso de los Estados; lo único que se conseguía con dichos textos era establecer un proceso más o menos ordenado según el cual los Estados debían acceder a mecanismos pacíficos de solución de sus controversias, siendo la guerra el último recurso.

(29) El artículo 8 en su párrafo 5 regulaba los aspectos relacionados con la fabricación privada de municiones y material de guerra.

(30) LASALA LLANAS, ya en 1923, lo ponía de manifiesto al sistematizar los cuatro tipo de guerras posibles con el Pacto de la Sociedad en plena vigencia: «Habrán guerras “ilícitas”: las que se provoquen sin cumplir los compromisos del Pacto, dando lugar a la aplicación del artículo 16; guerras “inevitables”: las que sobrevengan entre países extraños a la liga; “toleradas”: las que pueden sostener los miembros de la misma, luego de observar los procedimientos y los plazos establecidos para la solución pacífica en los artículos. 12 et 13 y 15; y de “ejecución”, —si las medidas de ejecución pueden llamarse guerras,— las que la Sociedad acuerde para hacer respetar sus compromisos» (LASALA LLANAS, M.: “El nuevo concepto de neutralidad”, en *Revue de Droit International et des Sc. dip., pol. et jur.*, 1923, tomo 1, p.133.)

(31) *Vide* para el análisis de estos acuerdos, entre otros, RUTGERS, V.: “La mise en harmonie du Pacte de la Société des Nations avec le Pacte de Paris”, en *R.C.A.D.I.* (Vol. 38) 1931-IV, pp. 5 a 123; y WEHBERG, H.: “Le Protocole de Genève”, en *R.C.A.D.I.* (Vol. 7), 1925-II, pp. 5 a 149.

La consecuencia lógica de esta impotencia jurídica de crear un clima de seguridad y de arbitrar medios internacionales pacíficos de solución de controversias fue la ausencia de resultados en materia de desarme. El Pacto de la Sociedad suponía —en sus artículos 8 y 9— que el control sobre la posesión de los armamentos dejaba de residir en las voluntades nacionales para pasar a ser una de las funciones esenciales del Consejo de la Sociedad (32). El sistema se basaba en la adopción de un plan de desarme. Sin embargo, esta intención de la Sociedad se vio eclipsada por varios factores: de un lado, los intereses políticos y militares de los Estados en la época de entre guerras eran tan dispares entre sí que la adopción de un plan general se convirtió en una empresa inalcanzable; de otro lado, la ausencia de tres grandes potencias en el entramado de la Sociedad —Estados Unidos, Unión Soviética y Alemania— derivó en que defendieran sus intereses estratégicos fuera de los parámetros ginebrinos y, en muchas ocasiones, en contra de lo que se decidía en Ginebra; por último, los procesos de rearme que algunos Estados estaban manteniendo y, en especial, la postura alemana respecto de lo decidido en el Tratado de Versalles de 1919, precipitó el fracaso de la Sociedad.

(32) Los textos de ambos artículos son los siguientes:

Artículo 8: «1. Los Miembros de la Sociedad de Naciones reconocen que el mantenimiento de la paz exige la reducción de los armamentos nacionales al *mínimum compatible con la seguridad nacional y con la ejecución de las obligaciones internacionales impuestas por una acción común.*

«2. El Consejo, teniendo en cuenta la situación geográfica y las condiciones especiales de cada Estado, preparará los planes de esta reducción, para su examen y revisión por los diversos Gobiernos.

«3. Estos planes deberán ser objeto de nuevo examen y, si hubiera lugar, revisión cada diez años por lo menos.

«4. Una vez aceptados dichos planes por los diversos Gobiernos, no se podrá pasar del límite de los armamentos así fijado, sin el consentimiento del Consejo.

«5. Considerando que la fabricación privada de las municiones y del material de guerra presentan graves inconvenientes, los Miembros de la Sociedad encargan al Consejo que adopte las medidas necesarias para evitar las lamentables consecuencias de dicha fabricación, teniendo en cuenta las necesidades de los miembros de la sociedad que no pueden fabricar las municiones ni el material de guerra necesarios para su seguridad.

«6. Los Miembros de la Sociedad se comprometen a cambiar entre sí, de la manera más franca y más completa, toda clase de datos relativos a la escala de sus armamentos, a sus programas militares, navales y aéreos, y a la condición de aquéllas de sus industrias susceptibles de ser utilizadas para la guerra».

Artículo 9: «Se formará una Comisión permanente para dar su opinión al Consejo acerca de la ejecución de las disposiciones de los artículos 1 y 7, y, en general, respecto de las cuestiones militares, navales y aéreas».

Todo ello provocó que la Conferencia de Desarme que desde el 15 de junio de 1925 empezó a reunirse en Ginebra no alcanzase acuerdo alguno. Intentó trabajar con la ayuda de los mayores especialistas de la época (de Brouckère, Benes, Titulesco o Politis) quienes, ciertamente inspirados por el deseo de acometer importantes medidas de desarme, diseñaron unos *tratados modelo* que garantizarían la seguridad de los Estados firmantes y, con ello, se permitiría la conclusión de medidas de desarme. Sin embargo estos *tratados modelo* no tuvieron ningún éxito. Junto a ello dos factores incidieron decisivamente en el fracaso de la Conferencia: en primer lugar, las grandes potencias decidían por propia iniciativa y fuera de la Sociedad las posibles medidas de desarme, lo cual suponía que la Conferencia tenía que esperar el acuerdo previo de esas grandes potencias para iniciar la discusión en su propio seno; en segundo lugar, la preponderancia de la *cuestión europea* en la Sociedad hizo que muchos Estados se ausentaran 'moralmente' de Ginebra ante el poco interés que se prestaba a sus propias aspiraciones, opiniones e intereses.

El resultado no se hizo esperar: las únicas medidas de desarme que se acordaron en el periodo de entre guerras se adoptaron fuera de la Sociedad de las Naciones (Tratado Naval de Washington de 1922 y el Tratado Naval de Londres de 1930, entre las cinco grandes potencias navales: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón). Las que se intentaron en el seno de la Sociedad —pretendiendo utilizar el criterio de *módulos fijos* que se aplicara en Washington y Londres— fracasaron, además y junto a las razones ya expuestas, por causas técnicas.

El fracaso en materia de seguridad, arbitraje y desarme supuso el fin de la propia Sociedad. Los conflictos surgidos en varias partes del mundo (guerras entre China y Japón, Colombia y Perú, la Guerra del Chaco, el conflicto de Abisinia, etc.) no pudieron ser resueltos en Ginebra. Los nacionalismos totalitarios (Alemania, Italia, Japón, Rusia) veían en el rearme una necesidad para la consecución de sus postulados. La tibieza con que algunos Estados importantes (Reino Unido, Estados Unidos o la Unión Soviética) trataron el problema del rearme alemán puso fin a lo acordado en Versalles. La Conferencia de Desarme vio culminar su fracaso en marzo 1935 con la aprobación en Berlín de la Ley del Ejército Alemán.

La precariedad del sistema ginebrino se debió tanto a la inclusión del Pacto de la Sociedad en un tratado de paz fuertemente criticado, como a la ausencia en la Sociedad de las grandes potencias, a los nacionalismos y a la aparición de zonas de influencia o la falta de acuerdo sobre un arbitraje

obligatorio. La ausencia de efectivas medidas de desarme en la época de la Sociedad de las Naciones fue reflejo, en gran medida, de esa precariedad.

El interés político de los Estados por el desarme en esta época no fue posible regularlo jurídicamente ya que faltaba un *ius* jurídico que fue imposible alcanzar antes de la Segunda Guerra Mundial: la prohibición del uso de la fuerza para la solución de las diferencias internacionales. Mientras el recurso a la guerra no se prohibiera y, en consecuencia, no se estableciera el arreglo pacífico de las diferencias de forma obligatoria (la seguridad y el arbitraje de la Sociedad), los Estados no obtendrían las garantías suficientes para proceder a la regulación de sus armamentos (el desarme).

Ello no va a ser posible hasta la firma de la *Carta de las Naciones Unidas* en 1945. Con la Carta, y la *Organización mundial* que crea, el desarme va a aparecer con perfiles renovados: las aspiraciones de los Estados van a ser distintas y, sobre todo, el marco político, militar y jurídico será diferente.

III. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DEL INTERÉS POR EL DESARME EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: LA LABOR DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DESARME DURANTE LA «GUERRA FRÍA»

La Carta de las Naciones Unidas, tal como veremos a continuación, regula el desarme en sus artículos 11, 26 y 47. Asimismo, de un análisis conjunto de estos preceptos con el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, veremos cómo el desarme aparece desde 1945 como un propósito esencial y un principio básico de la comunidad internacional en su expresión institucional, esto es, la Organización de las Naciones Unidas. El tratamiento que se hace del desarme viene impuesto, fundamentalmente, por dos condicionantes: de un lado, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el potencial armamentista quedó en manos de unos pocos Estados a los que —como miembros permanentes del Consejo de Seguridad— se les asignaba la labor fundamental de vigilancia del cumplimiento de los Propósitos y Principios de la Carta; y de otro lado, la Carta se redactó en una época en la que no se preveían dos acontecimientos fundamentales para conocer la historia de la últimas décadas: el enfrentamiento ideológico este-oeste y la aparición del arma atómica.

Por todo ello entendemos que nuestro análisis debe iniciarse con un estudio del marco jurídico y político general que la Carta establece en

materia de desarme para, posteriormente, analizar cómo ha incidido la práctica desde 1945 hasta nuestros días en aquel marco jurídico y político.

1. EL DESARME Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

El proceso político y jurídico que se inicia con la Carta de las Naciones Unidas supone un cambio radical en materia de desarme. La línea argumental que hemos venido defendiendo en los epígrafes precedentes se basa en la idea siguiente: hasta que no se da una prohibición expresa de recurrir al uso de la fuerza para la solución de las controversias internacionales, el interés político por el desarme no deviene en verdadero interés jurídicamente regulado. En el epígrafe que dedicábamos a la época de la Sociedad de las Naciones ya vimos cómo seguridad y desarme aparecen íntimamente ligados. Sin embargo, el primero de estos aspectos no logró completarse con una efectiva prohibición del uso de la fuerza que diese pie a un compromiso jurídico sobre seguridad que permitiera avanzar en la senda del desarme. En efecto, tanto el Pacto de la Sociedad, como el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua, el Protocolo de Ginebra, los acuerdos de Locarno o el Pacto Briand-Kellog fueron intentos cuya esterilidad demostró la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, con la Carta de San Francisco —artículo 2, párrafos 3 y 4— se produce un cambio cualitativo hasta entonces no alcanzado por la Comunidad internacional. La prohibición de «*recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*» y la consiguiente obligación de solucionar las «*controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia*», ofrecen a los Estados la garantía de seguridad que hasta ese momento no tenían. De ahí que el interés político por el desarme se juridifique siendo a partir de 1945, cuando aparezca la más importante red de tratados y acuerdos sobre la materia.

1.1. *Propósitos y Principios: Preámbulo y artículos 1 y 2 de la Carta*

Brevemente cabe decir que, si bien ni en el Preámbulo ni en los dos primeros artículos de la Carta aparezca referencia alguna al desarme, yace

latente entre sus líneas la necesidad de un control sobre los armamentos encaminado tanto a su reducción como a su eliminación. En efecto, si analizamos el artículo 11 de la Carta vemos que entre los «*los principios generales de la cooperación para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales*» incluye «*los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos*».

Asimismo, desde el momento en que se establece como Propósito de la Organización el evitar la guerra, mantener la paz y seguridad internacionales y promover la convivencia pacífica; y como Principio general el adoptar las medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas a la paz y seguridad internacionales, nuestra labor residirá en comprobar que la carrera de armamentos y el proceso de rearme suponen amenazas reales para la paz y seguridad internacionales, y que, en consecuencia, el desarme constituye un objetivo fundamental de las Naciones Unidas.

La labor de la Organización en este sentido ha sido inmensa (33) y, difícilmente, podríamos traerla toda aquí. Tan solo recordaremos en apoyo de nuestra intención una breve serie de documentos básicos al efecto.

El primero de ellos será la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 en la que —dentro del desarrollo que lleva a cabo del *Principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas*— se declara la necesidad de que «*los Estados deberán realizar de buena fe negociaciones encaminadas a la rápida celebración de un tratado universal de desarme general y completo bajo un control internacional eficaz...*». Encontramos pues en esta resolución una interpretación autorizada del principio recogido en el artículo 2.4 de la Carta; interpretación que incardina el desarme entre los objetivos de la Organización en orden a alcanzar sus Propósitos.

Los Documentos finales de los tres periodos extraordinarios de sesiones de la Asamblea General dedicados al desarme abundan en nuestra

(33) Desde la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, aproximadamente una cuarta parte de las resoluciones de la Asamblea General han estado dedicadas, en mayor o menor medida, a materias relacionadas con el desarme.



idea. Así, el *Documento final del décimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General* (34) dedicado al desarme señala claramente que «la constante carrera de armamentos presenta una creciente amenaza a la paz y seguridad internacionales» (35).

Asimismo el *Documento de clausura del duodécimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General* (36) dedicado también al desarme, señalaba en su punto 63 del apartado de “Conclusiones” que se debe «velar porque el objetivo del desarme general y completo bajo control internacional eficaz se haga realidad en un mundo en que prevalezcan la paz y seguridad internacionales...».

Las Naciones Unidas han definido, pues, la carrera de armamentos entre las amenazas a la paz y seguridad internacionales. De ahí que asuman como propósito y articulen como principio propio el «desarme general y completo bajo control internacional eficaz». Estas “inquietudes” quedan además recogidas en el texto de la Carta. Difícilmente podríamos hilvanar nuestra línea argumental sin relacionar de forma íntima estos Propósitos y Principios con los artículos 11, 26 y 47 del texto constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (37).

(34) A/Res/S-10/2, de 30 de junio de 1978.

(35) *Ibidem*, introducción, punto 2. En el punto 11 del Documento se abunda en esta idea: «Los inmensos arsenales, la enorme acumulación de armas y el gran aumento de las fuerzas armadas, y la competencia en el perfeccionamiento cualitativo de armas de todo tipo hacia el que se desvían los recursos científicos y los adelantos tecnológicos, plantean amenazas incalculables para la paz». Y en el punto 12 advierte que «[l]a carrera de armamentos obstaculiza la realización de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y es incompatible con sus principios, especialmente los del respeto a la soberanía, la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, el arreglo pacífico de las controversias y la no intervención y no injerencia en los asuntos internos de los Estados».

(36) A/Res/S-12/32, aprobado por la Asamblea General en su Decisión S/S-12/24 de 10 de julio de 1982.

(37) «De plus —advertirá GROS SPIELL—, l'article 26 possède la virtualité de lier la question du désarmement et de la réglementation des armements à tous les principes énoncés par la Charte des Nations Unies. De telle sorte que si la réglementation des armements et les mesures de désarmement sont destinées à promouvoir l'établissement et le maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'action pour atteindre ce but des Nations Unies (article 1, paragraphe 1) doit se réaliser par l'Organisation et ses Membres selon tous les principes énumérés dans l'article 2» [GROS SPIELL, H., en COT, J.P. y PELLET, A. (Dir.) *La Charte des Nations Unies*, París/Brusclas (Economica/Bruyillant) 1985; comentario al artículo 26, p. 495].

1.2. *Los artículos 11, 26 y 47 de la Carta. Las funciones de los órganos de las Naciones Unidas en materia de desarme establecidas en la Carta*

1.2.1. Las funciones de la Asamblea General

El artículo 11 otorga a la Asamblea General la posibilidad de llevar a cabo cuatro tipos de funciones referidas a cuestiones que incidan sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (en las que, como vimos, se incluyen las materias de desarme). La primera de ellas viene recogida en el párrafo 1 al señalar que la Asamblea General «*podrá considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos*». La segunda función es la posibilidad de hacer recomendaciones tanto sobre tales principios y dirigidas a los Estados miembros y/o el Consejo de Seguridad, como sobre cualquier otra cuestión que los Estados (miembros o no) y/o el Consejo de Seguridad le presenten a discusión (párrafos 1 *in fine* y 2). De aquí la tercera función de la Asamblea General: la de discutir cualquier «*cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales*» que presenten a su consideración los Estados (miembros o no) y/o el Consejo de Seguridad (párrafo 2). Por último, la cuarta función de la Asamblea General es la de «*llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales*» (párrafo 3).

Esta labor de la Asamblea General se ha desarrollado fundamentalmente a través de dos vías: *a)* una *labor jurídica*, que englobaría la recepción y proclamación de principios sobre la materia de desarme y la creación de órganos subsidiarios para la discusión de cuestiones relativas al desarme, y *b)* una *labor política* consistente esencialmente en el apoyo, seguimiento y recepción de las negociaciones sobre desarme y los tratados consecuencia de las mismas.

a) La labor jurídica.— La Asamblea, tras hacer suyos los principios estructurales propios del Ordenamiento jurídico internacional, señala como principios propios de la materia dedicada al desarme —si bien no queda clara su juridicidad— principios como el del protagonismo insoslayable de la Organización de las Naciones Unidas en materia de desarme, los que relacionan desarme y seguridad y desarme y desarrollo, el principio del equilibrio o el principio de la necesidad de mecanismos de control.

Estos y otros principios han ido recogiendo tanto en resoluciones de la Asamblea, como en los Documentos finales de los Periodos extraordinarios de sesiones dedicados al desarme, o en informes de grupos *ad hoc* que posteriormente se han debatido en la Comisión de desarme o en la Primera Comisión de la Asamblea. Asimismo, esta última ha recibido declaraciones sobre principios convenidos en negociaciones bilaterales de las que se ha hecho eco la Conferencia de desarme.

En esta labor de consideración de los principios del desarme, la Asamblea General se ayudó con la creación de distintos órganos subsidiarios: por la Resolución 1 (I) de 24 de enero de 1946 la Asamblea General creó la *Comisión de Energía Atómica* (38) a la que se le unió la *Comisión de Armamento de Tipo Corriente* (39), creada por el Consejo de Seguridad mediante su Resolución 18 (1947) de 13 de febrero de 1947. A lo largo de 1949 y 1950 la Unión Soviética alegó que debía ser excluido de ambas Comisiones el representante de China, a quien calificaba de representante del "grupo del Kuomintang". Al ser rechazada su propuesta, la Unión Soviética se retiró de ambas Comisiones.

En 1952, ante el *impasse* sufrido, la Asamblea General —mediante su Resolución 505 (VI) de 11 de noviembre de 1952— creó la *Comisión de desarme* (40). Esta Comisión ha venido sufriendo diversas modificaciones en su composición a lo largo de su existencia. Así, por Resolución de la Asamblea General 1150 (XII) de 19 de diciembre de 1957, se amplió su composición (41) con la inclusión de 14 nuevos

(38) Compuesta por un representante de cada uno de los Estados representados en el Consejo de Seguridad mas un representante de Canadá cuando no sea miembro del Consejo.

(39) Con la misma composición del Consejo.

(40) Compuesta asimismo por un representante de cada uno de los Estados representados en el Consejo de Seguridad mas un representante de Canadá cuando no sea miembro del Consejo. La Asamblea General en su Resolución 715 (VIII) de 28 de noviembre de 1953 sugirió a la Comisión la creación en su seno de una subcomisión compuesta por los representantes de las Potencias principalmente interesadas. La Comisión, en decisión de 19 de abril de 1954 (DC/49), crea dicha subcomisión compuesta por los Estados Unidos, la Unión Soviética, Francia, Reino Unido y Canadá (también denominada Subcomisión de la Cinco potencias que se reunió por primera vez en Londres en mayo de 1954). Sin embargo, el 6 de septiembre de 1957, la Unión Soviética abandonó la subcomisión alegando no sólo su oposición a los planes presentados por la potencias occidentales sobre el "desarme general y completo" sino también la misma composición de la subcomisión en la que había cuatro Estados miembros de la O.T.A.N.

(41) A instancia, primero de la India (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, duodécimo periodo de sesiones, Anexos*, tema 24 del programa, documento A/3657) y posteriormente de la propia Unión Soviética tras su abandono de la Subcomisión

Estados (42). Más adelante, en 1958 y de forma especial hasta 1959, la Asamblea General admitió que la Comisión estuviera formada por representantes de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas (Resolución 1252 A y D (XIII) de 4 de noviembre de 1958). Tal provisionalidad se elevó a definitiva por la Resolución 1403 (XIV) de 21 de noviembre de 1959.

La Comisión de desarme avanzó “lánguidamente” hasta 1978, año en el que se desarrolló el *Primer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General dedicado al desarme*. En su Documento final, dentro de la sección IV dedicada a los “Mecanismos” previstos (punto 118), modificó el talante de la Comisión decidiendo que:

«a) *La Comisión de desarme será un órgano deliberante subsidiario de la Asamblea General, cuya función consistirá en considerar los diversos problemas en la esfera del desarme y formular recomendaciones al respecto, así como en tomar medidas complementarias en relación con las decisiones y recomendaciones pertinentes del periodo extraordinario de sesiones dedicado al desarme. La Comisión de desarme debería, entre otras cosas, considerar los elementos de un programa comprensivo de desarme que se presentaría en la forma de recomendaciones a la Asamblea General y, por conducto de ésta, al órgano de negociación, el Comité de desarme;*

«b) *La Comisión de desarme funcionará de conformidad con el reglamento correspondiente a las comisiones de la Asamblea General, con las modificaciones que la Comisión considere necesarias, y hará el máximo esfuerzo para asegurar que, en la medida de lo posible, las decisiones sobre cuestiones sustantivas se adopten por consenso;*

«c) *La Comisión de desarme informará anualmente a la Asamblea General y presentará, para su consideración por la Asamblea en el trigésimo tercer periodo de sesiones, un informe sobre cuestiones de organización; en 1979, la Comisión de desarme*

(Documentos oficiales..., documento A/C.1/797) si bien su propuesta de resolución fue rechazada en la Primera Comisión por 51 votos contra 9 y 21 abstenciones (*Ibid.*, *Primera Comisión*, 893ª sesión). La Unión Soviética pretendía que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas pertenecieran a la Comisión.

(42) Argentina, Austria, Bélgica, Birmania, Brasil, Checoslovaquia, Egipto, India, Italia, México, Noruega, Polonia, Túnez y Yugoslavia. La Unión Soviética siguió oponiéndose y se abstuvo de participar también en la Comisión.

se reunirá por un periodo de no más de cuatro semanas, cuyas fechas se fijarán en el trigésimo tercer periodo de sesiones de la Asamblea General;

«d) Se pide al Secretario General que proporcione los servicios expertos, de personal y de otra índole que sean necesarios para el desempeño eficaz de las funciones de la Comisión» (43).

Por último la Organización de las Naciones Unidas creó otro organismo con un particular fin en materia de desarme: el Organismo Internacional de la Energía Atómica (O.I.E.A.). Fruto de la iniciativa del Presidente Eisenhower “*Atomos para la Paz*” (44) —propuesta ante la Asamblea General el 8 de diciembre de 1953—, el O.I.E.A. se crearía en 1956 con la intención de proporcionar un foro internacional para la cooperación, información y control de las actividades nucleares de todos los Estados parte.

b) La labor política.— La labor política de la Asamblea General podríamos verla como la labor política de toda la Organización de las Naciones Unidas. Como es sabido, el marco jurídico que la Carta de San Francisco establecía acabó condicionado por factores políticos, jurídicos y técnicos. Estos factores han influido de manera predominante en la labor política de la Organización. La recepción en su seno de los avances y retrocesos de las negociaciones en materia de desarme, el aliento a las mismas y las advertencias ante su ausencia o lentitud han estado siempre presentes en la agenda de la Asamblea General. El impulso que ciertas negociaciones han encontrado en su seno muestra cómo, sin tomar parte efectiva en las mismas, el protagonismo político de la Asamblea ha estado presente de modo efectivo no obstante sus propios condicionantes.

En efecto, el desarrollo de la labor de las Naciones Unidas no puede ser entendida sin aprehender los errores y virtudes de un mundo bipolar.

(43) En el punto 117 de este mismo documento se recomendó que «[e]n adelante, la primera Comisión de la Asamblea General debería dedicarse exclusivamente de las cuestiones de desarme y las cuestiones de seguridad internacional conexas».

(44) Pretendía dicha propuesta que los gobiernos principalmente interesados empezaran a hacer contribuciones conjuntas, procedentes de sus existencias de uranio y de materiales fisionables, a un organismo internacional de la energía atómica que se crearía bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Dicho organismo se encargaría de recoger, almacenar y proteger los materiales aportados como contribución y de idear métodos mediante los cuales esos materiales pudieran destinarse para fines pacíficos [cfr. NACIONES UNIDAS, *Las Naciones Unidas y el Desarme*, 1945-1970, Nueva York 1970, p.81].

Es innegable que desde que la Organización asumió el desarme como interés propio, ha desarrollado una labor política y diplomática de muy variada naturaleza. Así, tanto la Secretaría General como la Asamblea han mantenido siempre como constante de su labor la continua referencia a la materia de desarme en todo su espectro.

El gran número de resoluciones de la Asamblea General sobre el desarme, los tres periodos extraordinarios de sesiones dedicados al desarme (1978, 1982 y 1988), los dos decenios dedicados al desarme (1970-1980 y 1980-1990), los informes anuales del Secretario General, los informes de multitud de grupos *ad hoc* sobre aspectos relacionados de una forma u otra con el desarme, la labor en materia de desarme de organismos especializados como la U.N.E.S.C.O., la F.A.O., la O.I.T., la O.M.S., o de programas de Naciones Unidas como el P.N.U.M.A., han desplegado una tupida red de actividades que ha hecho de nuestro objeto de estudio la materia que más atención ha ocupado —tras las cuestiones relacionadas con el desarrollo económico y social de los pueblos— en las discusiones de la Organización de las Naciones Unidas.

1.2.2. Las funciones del Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad *«tendrá a su cargo, con la ayuda del Comité de Estado Mayor a que se refiere el artículo 47, la elaboración de planes que se someterán a los Miembros de las Naciones Unidas para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos»* (artículo 26). Este artículo podría ser de alguna forma el heredero del artículo 8 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. La supremacía dada en este caso al Consejo de Seguridad sobre la Asamblea General se debe también a la presencia predominante en aquél de las principales Potencias. Sin embargo, tal como ha sido puesto de manifiesto por Kelsen,

«[t]he competence of the General Assembly to make recommendations with regard to principles governing disarmament and the regulations of armaments to the Members of the United Nations is —at least partly— concurrent with the competence of the Security Council under article 26 to formulate plans “for the establishment of a system for the regulation of armaments” to be submitted to the Members of the United Nations, since these plans are to be submitted to the Members which are not obligated to accept them, there is hardly an essential difference between the power of

the General Assembly to make recommendations and that of the Security Council to formulate and submit plans» (45).

En efecto, si bien al igual que hacía el Pacto de la Sociedad de las Naciones los planes tenían que ser aceptados por los Estados, en la Carta no se prevé un control tan efectivo del Consejo de Seguridad como el que establecía el artículo 8.4 del *Covenant*. Las funciones del Consejo de Seguridad quedan por lo tanto reducidas a:

- a) elaborar los planes de regulación de los armamentos con la ayuda del Comité de Estado mayor (artículo 26);
- b) someter a los Estado miembros dichos planes (artículo 26);
- c) presentar a consideración de la Asamblea General cualquier cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (artículo 11.2);
- d) considerar cualquier cuestión sobre la materia que le sugiera la Asamblea General (artículo 11.1); y
- e) consentir que el Secretario General informe a la Asamblea General en cada periodo de sesiones sobre cuestiones de desarme relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (artículo 12.2) (46).

1.2.3. Las funciones del Comité de Estado Mayor

Las funciones del Comité de Estado Mayor se reducen a ayudar a elaborar los planes para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos (artículo 26) mediante su asesoramiento y asistencia en todas las cuestiones relativas a la «*regulación de los armamentos y al posible desarme*» (artículo 47). Sin embargo, la ausencia de este órgano en

(45) KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, Londres (Steven & Sons Limited) 1951, p.201.

(46) «C'est-à-dire —señala GRÓS ESPIELL— que le Conseil possède la compétence directe, dérivée de l'article 26, d'élaborer des plans qui seront soumis aux Membres des Nations Unies pour l'établissement d'un système de réglementation des armements. Mais en plus, il pourrait, à travers les recommandations que peut lui faire l'Assemblée, considérer les suggestions qu'en matière de désarmement lui fit celle-ci et recevoir le conseil et l'assistance du Comité d'état-major sur le désarmement éventuel» (GRÓS ESPIELL, *ob.cit.*, p.491).

el entramado real de la Organización, ha dejado en letra muerta el texto de estas disposiciones, al menos hasta la fecha.

2. EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA EN MATERIA DE DESARME Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

2.1. *Desarrollo de las funciones de los órganos de las Naciones Unidas en materia de desarme según la práctica acaecida desde 1945*

Si en el epígrafe precedente veíamos el marco jurídico en el que debían desenvolverse las funciones en materia de desarme de los distintos órganos implicados de las Naciones Unidas, el desarrollo práctico ha sido muy distinto de tales previsiones teóricas. Es bien conocido el efecto que produjo el enfrentamiento este-oeste en el seno del Consejo de Seguridad:

«[L]a paralysie du Conseil de Sécurité par le guerre froid et l'usage du veto —nos recuerda VIRALLY— va, très rapidement, faire de l'Assemblée générale (et de sa première commision) le centre de tous les travaux en matière de désarmement poursuivis dans le cadre de l'Organisation» (47).

Se produce, pues, una “mutación típicamente onusina” (48). El cuadro jurídico dibujado por los artículo 11, 26 y 47 de la Carta no va a ser “colgado” en los pasillos de la Comunidad internacional (49). Queda de algún modo arrinconado por la incidencia de los factores jurídicos (derecho de veto en el Consejo), políticos (guerra fría) y técnicos (aparición

(47) VIRALLY, M., *L'Organisation mondiale...*, pp. 436 y 437.

(48) «Il y a un darwinisme onusien qui adapte l'institution aux mutations de son environnement». (MARTÍNEZ, J.-C., en COT y PELLET, *La Charte...*; comentario al artículo 47, p.746).

(49) «[C]ette répartition des compétences ne s'est jamais appliquée. Ainsi, l'article 26 n'a pas fonctionné quant à l'exercice de l'attributon du Conseil concernant l'élaboration des plans sur la réglementation des armements, mais, par contre, les compétences de l'Assemblée générale sur le désarmement et la réglementation des armements ont été pleinement exercées, —directement ou á travers l'action d'organes subsidiaires (article 22)—, en matière de réglementation des armements autant que de désarmement» (GROS ESPIELL, *ob.cit.*, p. 489).

del arma atómica), creandose en su lugar —mediante la práctica de los Estados y de la propia Organización de las Naciones Unidas— un marco de discusión sobre el desarme del todo diferente.

«Cette non-application de l'article 26 —señala GROS ESPIELL— a eu comme conséquence le déplacement de l'action des Nations Unies dans la matière vers l'Assemblée et les organes créés par elle, et elle a signifié la ruptura du schéma de la Charte en ce qui concerne l'action parallèle, mais distincte, de l'Assemblée et du Conseil à ce sujet. Le Conseil n'a élaboré aucun plan "en vue d'établir un système de réglementation des armements", alors que l'Assemblée a non seulement proclamé les principes pertinents, mais aussi élaboré ou poussé la construction normative existante en matière de désarmement et questions connexes, aussi bien dans le cadre des Nations Unies, que dans le domaine régional et des accords bilatéraux. Elle est même arrivée à préparer un Programme d'action concernant le désarmement qui est un véritable plan sur la réduction des armements» (50).

Quedó, pues, la Comisión de desarme como órgano *deliberante*, subsidiario de la Asamblea General, en el que están representados todos los Miembros de las Naciones Unidas. Mientras tanto, se produjo la creación de nuevos órganos que asumieron la misión de órgano negociador en materia de desarme.

2.2. *La creación de nuevos órganos en materia de desarme fuera del ámbito de las Naciones Unidas*

Cuando Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos y la Unión Soviética se reunieron para examinar el problema de Berlín, decidieron crear un comité de desarme (51), compuesto de diez Potencias y vinculado con las Naciones Unidas pero fuera de la organización (52). El *Comité*

(50) *Ibidem*, p.489.

(51) La Comisión de Desarme recibió la propuesta y el 10 de septiembre de 1959 adoptó el acuerdo unánime favorable a su constitución. Los Estados representados eran, por parte occidental, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia y Reino Unido; y por parte oriental, Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, Rumanía y la Unión Soviética.

(52) *Vide* a tal efecto la alocución del Secretario General de Naciones Unidas a la Conferencia de Desarme de las Diez Potencias el 28 de abril de 1960 (Documento ENDC/PV. 31).

de desarme de las Diez Potencias tendría su sede en Ginebra y se establecería como órgano bipartito en el que estuvieran representados equitativamente los Estados occidentales y los del bloque socialista. Sin embargo, los enfrentamientos entre ambos bloques sobre las distintas propuestas de desarme general presentadas, la malograda cumbre a celebrar en París en junio de 1960 y el problema de la vinculación del Comité a las Naciones Unidas, hicieron del incidente del U-2 una mera excusa para que el 27 de junio de 1960 los Estados del bloque socialista se retiraran del Comité.

En los meses que siguieron a esta crisis se produjo un cruce de propuestas y contrapropuestas en materia de “desarme general y completo”. Asimismo, tras intercambiar los Estados Unidos y la Unión Soviética diversos proyectos, se llegó, el 20 de septiembre de 1961, a una *Declaración de Principios convenidos entre los Estados Unidos y la Unión Soviética* (53) mediante la cual se plasmaban los principios de base para futuras negociaciones. Fruto de esta “distensión” fue posible recibir en la Asamblea General la propuesta de creación de un nuevo órgano que, siguiendo la tradición del Comité de las Diez Potencias, quedase vinculado a Naciones Unidas pero sin llegar a ser un órgano propio. Además, a raíz del proceso de descolonización iniciado y las perspectivas de futuro que ello planteaba, se acordó ampliar el órgano incluyendo representantes de Estados “no alineados”. La Asamblea General, en su Resolución 1722 (XIV) de 20 de diciembre de 1961, «[hizo] suya la decisión a que se [había] llegado de común acuerdo en cuanto a la composición de un Comité de desarme, cuyos miembros [serían]: Birmania, Brasil, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Estados Unidos de América, Etiopía, Francia, India, Italia, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Unida, Rumanía, Suecia y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas;...».

Se creó en consecuencia el *Comité de desarme de Dieciocho Naciones*. Este Comité se reunirá por primera vez en Ginebra el 15 de marzo de 1962. A partir de este momento se va a establecer un flujo constante de intercambios entre el Comité, la Comisión de desarme y la Asamblea General a la que remitían finalmente los dos primeros sus informes. Sin embargo el problema de la vinculación del Comité a la Organización de las Naciones Unidas fue recurrente y volvió a plantearse con ocasión de

(53) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimosexto periodo de sesiones*, Anexos, tema 19 del programa, documento A/2879.

la propuesta de convocar una Conferencia Mundial de desarme, nacida en la reunión de los países no alineados de El Cairo en 1964.

El Comité de desarme de Dieciocho Naciones modificará su nombre y composición en 1969 cuando, a través de la Resolución 2602 B (XXIV) de 16 de diciembre de 1969, la Asamblea General hace suyo el acuerdo a tal efecto que se había aceptado en el seno del Comité (54): éste pasó a denominarse *Conferencia del Comité de desarme* y de 18 se pasó a 26 Miembros. Con esta composición y denominación funcionó hasta 1978, año en el que —con motivo del Primer periodo extraordinario de sesiones dedicado al desarme— se produjeron tres nuevas modificaciones: pasó a denominarse *Comité de desarme*, su composición se amplió de tal forma que recibía a los representantes de los cinco Miembros permanentes del Consejo de Seguridad más 32 ó 35 representantes de otros Estados, y la presidencia pasó a ser rotatoria entre todos los Estados representados (55).

Por fin, la última modificación quedó recogida en la Resolución 37/99 K, de 13 de diciembre de 1982. En ella, la Asamblea General «encomienda al *Comité de desarme que considere la posibilidad de constituirse en conferencia, sin perjuicio del párrafo 120 del Documento Final*» de 1978 (A/Res/S-10/2). Así ocurrió, reuniéndose desde entonces la *Conferencia de desarme* en Ginebra (56).

(54) Tras recibir ambas copresidencias (Estados Unidos y la Unión Soviética) propuestas de varios países cuya intención era participar en las discusiones del Comité, el 3 de julio de 1969 se adhirieron los representantes de Japón y Mongolia y el 7 de agosto hicieron lo propio los representantes de Argentina, Hungría, Marruecos, los Países Bajos, Paquistán y Yugoslavia. Estas ampliaciones, si bien fueron criticadas por algunos Estados por no haber contado con la opinión de muchos de ellos, fueron finalmente aceptadas con satisfacción.

(55) Vide A/Res/S-10/2, punto 120.

(56) La Conferencia de Desarme tiene una sesión anual dividida en tres periodos: uno de diez semanas y otros dos de siete semanas. El primer periodo comienza en la penúltima semana del mes de enero.

La Conferencia de Desarme, a raíz del Documento Final del primer periodo extraordinario de sesiones dedicado al desarme (Doc. A/S-10/2), estableció un “decálogo” de áreas de trabajo: I. Armas nucleares en todos sus aspectos; II. Armas químicas; III. Otras armas de destrucción en masa; IV. Armas convencionales; V. Reducción de presupuestos militares; VI. Reducción de fuerzas armadas; VII. Desarme y desarrollo; VIII. Desarme y seguridad internacional; IX. Medidas Colaterales; medidas de confianza; métodos efectivos de verificación en relación a las medidas apropiadas de desarme aceptables por todas las partes interesadas; y X. Programa global de desarme hacia un desarme general y completo bajo control internacional efectivo (A/34/27 y Corr.1, ó CD/12).

En razón de este decálogo, la Conferencia de Desarme adopta cada año su agenda y su programa de trabajo que para el año 1994 fue la siguiente: 1. Prohibición de ensayos nu-

En los últimos años, y muy particularmente a partir de 1992, se han manifestado tendencias para la revisión del programa, composición y método de trabajo de la Conferencia de Desarme (57). Junto a ello, se ha reafirmado «que la Conferencia sigue siendo, más que nunca, el órgano multilateral de negociación de la comunidad internacional en la esfera del desarme» (58).

El 28 de enero de 1993 (639ª sesión plenaria), la Conferencia nombró dos coordinadores especiales para el examen de la Agenda (Embajador Marín Bosch, de México) y de la composición (Embajador O'Sullivan, de Australia). Se les encargó que continuasen con las consultas intensivas que el Embajador Servais, de Bélgica, había llevado a cabo entre los periodos de sesiones de 1992 y 1993, durante el periodo de deliberaciones de la Primera Comisión de la Asamblea General en el otoño de 1992.

Tanto los Estados miembros de la Conferencia como los no miembros pero participantes en las deliberaciones estimaron en general que la Agenda de la Conferencia podría sufrir ligeras alteraciones, primando en cualquier caso —y por este orden— las cuestiones relativas a la prohibición de los ensayos con armas nucleares, la transparencia en materia de armamentos, las garantías a los estados no poseedores de armas nucleares contra la amenaza o uso de tales armas, la prevención de la carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre o la proliferación nuclear. Junto a

cleares; 2. Cese de la carrera de armas nucleares y desarme nuclear; 3. Prevención de la guerra nuclear y todas la materias relacionadas; 4. Armas químicas; 5. Prevención de la carrera de armamentos en el espacio; 6. Acuerdos internacionales eficaces para garantizar a los Estados no poseedores de armas nucleares contra el empleo o la amenaza de tales armas; 7. Nuevos tipos y sistemas de armas de destrucción en masa; armas radiológicas; 8. Programa global de desarme; y 9. Examen y adopción del informe anual y de otros informes para la Asamblea General de las Naciones Unidas (CD/1180).

Vide el último informe de la Conferencia a la Asamblea General en el documento A/49/27.

(57) *Vide* a tal efecto, entre otros, la decisión 47/422 de 9 de diciembre de 1992, relativa a la reanudación de las sesiones de la Primera Comisión; el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas denominado “Nuevas dimensiones de la regulación de los armamentos y el desarme en la era posterior a la guerra fría” (Documento A/C.1/47/7); el Informe de la Conferencia de Desarme sobre el anterior Informe del Secretario General (CD/1183); el Informe de 1992 de la Conferencia de Desarme a la Asamblea General de las Naciones Unidas (CD/1173, pp. 11 a 19); el Informe de la Conferencia de Desarme acerca de la situación de la revisión de la agenda, composición y los métodos de trabajo de la Conferencia (CD/1184); y el Informe del Coordinador especial de la Conferencia de Desarme para la cuestión de la ampliación de la composición (CD/1214).

Vide el reglamento de la Conferencia en el documento CD/8/Rev. 5.

(58) CD/1183, punto 10.

estos temas primordiales, también se discutió incluir el examen del papel que la Conferencia de Desarme podría desempeñar en el desarrollo de procedimientos de verificación para los acuerdos de desarme en vigor.

Respecto de la ampliación de la Conferencia, el talante era el de que —teniendo en cuenta criterios geográficos, políticos y militares— se debía llegar a un acuerdo global que permitiera ser aceptado por el método de consenso que rige en el funcionamiento de la Conferencia. El número de nuevos miembros osciló en las propuestas desde 4 ó 5, pasando por de 10 a 15 ó 20, hasta una Conferencia abierta a recibir a todos los Estados que así lo solicitaran.

«Pareció que entre esas opiniones enfrentadas —concluía el Embajador Marín Bosch— cabría hallar un terreno común en torno a una ampliación para llegar a aproximadamente 60 miembros. Ese número presentaba además la ventaja de representar aproximadamente un 33% de los Miembros de las Naciones Unidas, que es aproximadamente la misma composición que tenía la Conferencia inicial cuando se creó» (59).

Finalmente, el Embajador mejicano recomendaba la ampliación en tal sentido, proponiendo como nuevos miembros de la Conferencia a los siguientes Estados, detallados por orden alfabético: Austria, Bangladesh, Belarús, Camerún, Colombia, Chile, Eslovaquia, *España*, Finlandia, Iraq, Israel, Noruega, Nueva Zelanda, República Popular Democrática de Corea, República de Corea, Senegal, Siria, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Ucrania, Viet—Nam y Zimbabwe (60). En el cuadro que adjuntamos al

(59) CD/1214, punto 10.

(60) Dos problemas surgieron de inmediato: la situación de la antigua Yugoslavia y el ingreso de Israel. Respecto de Yugoslavia, la Conferencia entendía que su antiguo miembro había dejado de existir como tal y que la actual 'República Federal de Yugoslavia' (Serbia y Montenegro) no intentaría ocupar el puesto de la antigua Yugoslavia. El caso de Israel presentaba, por contra, perfiles más definidos: los países árabes, en especial Irán, se oponían vehementemente al ingreso del Estado judío en la Conferencia. Las discusiones que a finales de agosto de 1993 se desarrollaron en Ginebra no aportaron finalmente una solución precisa. Es de esperar que con la distensión acaecida en septiembre de 1993 entre Israel y la Organización para la Liberación de Palestina (reconocimientos mutuos, plan de autonomía «Gaza y Jericó primero», declaración del fin del terrorismo y obligación de soluciones pacíficas a las controversias sobre las negociaciones en Palestina), los ánimos se calmen y permitan la presencia en la Conferencia de Estados política y militarmente importantes como lo son Israel, Iraq y Siria.

Todos estos contratiempos han supuesto que finalmente la Conferencia de Desarme mantenga su composición sin modificaciones respecto a la vigente en 1992.

final de este trabajo recogemos el desarrollo del listado de Miembros de los Organos de negociación multilateral sobre el desarme con las anotaciones de resumen y aclaración respectivas.

2.3. *La participación de otros foros en materia de desarme*

Junto a la acción de la propia Organización de las Naciones Unidas y las negociaciones llevadas a cabo en el seno de la Conferencia de Desarme de Ginebra, se han desarrollado otros dos tipos de foros de negociación alejados de los anteriores: de un lado el propio proceso de negociación bilateral entre los Estados Unidos y la Unión Soviética; de otro, las negociaciones multilaterales llevadas a cabo en o para zonas geográficas precisas.

2.3.1. Las negociaciones bilaterales

Las negociaciones bilaterales entre ambas Superpotencias iniciaron su andadura a finales de los años sesenta cuando, tras un periodo en el que el diálogo no fue ciertamente protagonista en la escena del desarme, comenzaron las *Strategic Arms Limitation Talks* (proceso SALT). A lo largo de la década de los setenta este proceso negociador dio pie a que se concluyeran tres tipos de acuerdos: aquellos que vinieron a limitar determinados arsenales estratégicos (61), otros que limitaron a su vez los ensayos nucleares subterráneos (62) y, por fin, una serie de acuerdos pun-

(61) *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la limitación de los sistemas de proyectiles antibalísticos*, de 26 mayo de 1972 (conocido como Tratado ABM), el *Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre ciertas medidas relativas a la limitación de las armas ofensivas estratégicas*, de 26 de mayo de 1972 (SALT I), y el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la limitación de las armas estratégicas ofensivas*, de 18 de junio de 1979 (SALT II).

(62) *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la limitación de los ensayos subterráneos de armas nucleares*, de 3 de julio de 1974, y el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre las explosiones nucleares subterráneas confinadas pacíficas*, de 16 de julio de 1976.

tuales sobre creación de confianza y establecimiento de líneas de comunicación directas (63).

2.3.2. Las negociaciones multilaterales

Las negociaciones en materia de desarme han tenido asimismo una serie de foros multilaterales en los que se han concluido acuerdos de aplicación geográficamente limitada. Así, en el foro del Año Geofísico Internacional (1958-1959) se concluyó el *Tratado Antártico* de 1 de diciembre de 1959; en el ámbito hispanoamericano se concluyó el *Tratado para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina* el 14 de febrero de 1967, que luego daría pie a la creación del "Organismo para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina" (OPANAL); y el "Foro del Pacífico Sur", se negoció y concluyó el *Tratado sobre la zona libre de armas nucleares del Pacífico Sur*, de 6 de agosto de 1985.

IV. EL DESARME TRAS LA «GUERRA FRÍA» Y LA ACCIÓN RENOVADA DE LAS NACIONES UNIDAS

Gracias al nuevo talante de las autoridades soviéticas, a partir de 1985 se van a multiplicar los encuentros, acuerdos y factores creadores de con-

(63) *Memorando de entendimiento entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas acerca del establecimiento de un enlace directo de comunicaciones*, 20 de junio de 1963, *Acuerdo sobre las medidas para reducir el riesgo de estallido de guerra nuclear entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, de 30 de septiembre de 1971, *Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre medidas para mejorar el enlace directo de comunicaciones entre ambos países*, de 30 de septiembre de 1971, *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la prevención de incidentes en y sobre el alta mar*, de 25 de mayo de 1972 y su Protocolo de 22 de mayo de 1973, *Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la prevención de la guerra nuclear*, de 22 de junio de 1973 y *Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas enmendando el Acuerdo de 1971 entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre medidas para mejorar el enlace directo de comunicaciones entre ambos países* (intercambio de notas de 20 de marzo y 29 de abril de 1975).

fianza entre los antiguos bloques enfrentados. Confianza que va a colorear toda la escena internacional y, como no, la materia de desarme.

Sin embargo junto al factor positivo de la confianza el panorama internacional actual muestra una inestabilidad política cuyas causas son múltiples: la disolución inesperada de la Unión Soviética y la diseminación de sus armas nucleares (y de los técnicos que las ingenian) han hipotecado los acuerdos en marcha dado la nueva pluralidad de actores en la escena nuclear. De igual modo, la desaparición del Pacto de Varsovia y las modificaciones territoriales han hecho lo mismo respecto de las negociaciones sobre fuerzas convencionales en Europa. Por último, se han suscitado conflictos ideológicos y vitales (norte-sur, islamismo-occidentalismo, integración-disgregación) que han multiplicado los focos de tensión por todo el planeta.

Todo ello se ha traducido en una inseguridad jurídica que está afectando a las negociaciones en curso hasta el punto de ralentizar los procesos de aplicación de algunos de los acuerdos de desarme concluidos desde 1990 hasta nuestros días.

1. EL DESARME TRAS LA-«GUERRA FRÍA»

En la década de los ochenta, como decíamos, se produjeron una serie de acontecimientos que tuvieron una incidencia especial en materia de desarme. Una serie de razones hizo que, a finales de la década, el panorama político del mundo proveniente de la «guerra fría» presentara unas características totalmente diferentes de las del inicio de los años ochenta.

Así, entre las razones políticas encontramos los “cambios revolucionarios” acaecidos en la hoy extinta Unión Soviética. Entre las razones sociológicas podríamos señalar el cambio de mentalidad ante el fin de la «guerra fría» y la conciencia generalizada de la opinión pública alrededor de la idea de desarme. Ello ha influido en los cambios jurídicos que se han ido produciendo, fundamentalmente, a partir de 1987.

La década de los ochenta se inició con la crisis abierta tras la intervención soviética en Afganistán a finales de la década anterior. La tensión surgida tuvo su reflejo en materia de desarme desde el momento que, tras la firma de los acuerdos SALT II, el Senado de los Estados Unidos se negó a ratificar dicho acuerdo. En 1979 —tras el inicio del despliegue soviético de los misiles de alcance intermedio SS-20— los Estados Unidos pusieron fin a la práctica anterior de respetar los acuerdos SALT I al deci-

dir armar sus bombarderos estratégicos B-52 con categorías, tipos de vectores y cabezas nucleares fuera de los límites de dichos acuerdos.

La crisis abierta —que vino en llamarse la crisis de los *euromisiles*— aumentó con la decisión de la O.T.A.N. (Decisión del Consejo Atlántico de 12 de diciembre de 1979, conocida como “doble decisión”) de instalar en bases británicas, alemanas, italianas, belgas y holandesas los misiles estadounidenses Pershing IA, IB y II y el misil de crucero BGM-109G. La Unión Soviética tenía ya desplegados los misiles de similares categorías SS-20, SS-4, SS-5, SS-X4, SS-12 y SS-23.

Durante los primeros años de la década se fueron desarrollando las conversaciones entre las dos superpotencias (opciones «cero» y «doble cero»). Sin embargo los acontecimientos iban a evolucionar de una forma particular. La Administración Reagan, en contra de lo que había sido hasta ese momento la interpretación estadounidense del Tratado ABM de 1972, presentó ante la opinión pública la denominada «Iniciativa de defensa estratégica» (SDI en sus siglas inglesas o «guerra de las galaxias» en la tinta de los rotativos). Fue éste un reto tecnológico, económico y estratégico al que la Unión Soviética no pudo responder. Por muchos era intuida la precaria situación económica soviética, si bien pocos tenían un cabal conocimiento de la situación. Esta se puso de manifiesto por el propio nuevo líder soviético, Mikhail Gorbachev, quien, al acceder a la Secretaría General del P.C.U.S. manifestó los dos pilares básicos de sus intenciones políticas: la *glasnot* (transparencia) y la *perestroika* (reestructuración), que dieron pruebas de lo precario de la situación y del fracaso del sistema soviético.

A partir de este momento los acontecimientos se precipitaron: renovación parcial de la cúpula de poder en Moscú, cambio en la política internacional (fin de la doctrina Brezhnev de la soberanía limitada en Europa central y oriental, retirada de Afganistán, menudeo de actitudes más neutrales en los conflictos de Hispanoamérica y Asia, reanudación de las conversaciones de desarme estancadas, etc.); acercamiento a los países occidentales y al resto de potencias económicas, libertad de información relativa y apertura del otrora inexpugnable silencio soviético, etc.

En materia de desarme también se aceleraron los acontecimientos: el 8 de diciembre de 1987 se firma en Washington el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la eliminación de sus misiles de alcance intermedio y de alcance menor* (conocido como Tratado INF). Tratado que va a suponer un cambio importantísimo en materia de desarme: se puede decir que es

el primer tratado cuyo objetivo único es la eliminación total de toda una categoría de armas (los misiles con ojiva nuclear cuyo alcance oscila entre 500 y 5500 km.) y, sobre todo, es el primer tratado que establece un sistema de verificación completo, complejo y múltiple que incluye la inspección *sur place* en el territorio de las Partes en el Tratado y de terceros Estados en cuyos territorios estaban desplegados los euromisiles (cosa nunca imaginada por los negociadores occidentales) (64). Este sistema va a permitir que se cree una situación de confianza entre cuyas consecuencias se darán nuevos e importantes acuerdos: el *Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa* de 1990, el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la reducción de armas ofensivas estratégicas* (Tratado START de 1991), el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Federación Rusa sobre ulteriores reducciones y limitaciones de las armas ofensivas estratégicas* (Tratado START II de 1993), la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción* de 1993 (65), así como los dos protocolos de verificación que permitió la entrada en vigor en 1991 de los Tratados que ambas superpotencias firmaron en la década de los setenta sobre ensayos nucleares subterráneos (66).

Los últimos años han supuesto, por lo tanto, una revolución en el Derecho internacional del desarme. Revolución que se ha visto reflejada en los acuerdos firmados y en los procesos de negociación en marcha, ya sean bilaterales o multilaterales. En efecto, en la actualidad se siguen produciendo declaraciones unilaterales de ambas superpotencias respecto de la reducción y eliminación de sus armas nucleares de corto alcance, y se está negociando un acuerdo sobre la prohibición general o, en su caso, limitación de los ensayos nucleares cuya conclusión se verá favorecida por

(64) Sobre la verificación en materia de desarme, *vide* nuestra obra *Los métodos de verificación en los acuerdos de desarme (1945-1995)*, Madrid (Ministerio de Asuntos Exteriores) 1995.

(65) *Vide* para la historia y el análisis jurídico de esta Convención nuestro trabajo en la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, n.º 2, pp. 560 a 566.

(66) *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la limitación de los ensayos subterráneos de armas nucleares*, de 3 de julio de 1974, y el *Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre las explosiones nucleares subterráneas con fines pacíficos*, de 16 de julio de 1976.

Los protocolos mencionados se firmaron en Moscú el 1 de junio de 1990.

la prórroga indefinida del *Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares* de 1968 decidida el 13 de mayo de 1995 (67).

Sin embargo, tal y como advertíamos, junto a estos avances en la escena internacional en materia de desarme se han puesto de manifiesto otras cuestiones que están influyendo determinadamente en nuestro sector particular del Ordenamiento jurídico internacional. En efecto, frente a la confianza nacida de los procesos acaecidos desde 1987 hasta nuestros días (68), la inestabilidad de la propia escena internacional se ha traducido en una inseguridad jurídica que está afectando a los procesos de negociación en curso en materia de desarme.

2. LA ACCIÓN RENOVADA DE LAS NACIONES UNIDAS

El cambio político operado en la Unión Soviética a partir de 1985 y en el campo de la distensión este-oeste tras la firma de la *Carta de París para una nueva Europa* en 1990, han provocado una *revolución* en la escena internacional en la que se ha visto inmersa la Organización de las Naciones Unidas. En efecto, si durante la «Guerra fría» el enfrentamiento político entre ambas superpotencias paralizó la acción del Consejo de

(67) Vide al efecto nuestro trabajo «La prórroga del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares (TNP): algunos problemas jurídicos», en R.E.D.I., vol. XLVIII, 1995, n.º 2 (en prensa).

(68) Fruto de esa confianza se han firmado un número importante de acuerdos de prevención y reducción de riesgos o de establecimiento de comunicaciones directas. Así, el *Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la prevención de incidentes en el mar más allá del mar territorial*, de 16 de julio de 1986; el *Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la mejora del enlace entre la Residencia del Primer Ministro del Reino Unido y el Kremlin*, de 31 de marzo de 1987; el *Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre el establecimiento de los Centros para la Reducción de Riesgos Nucleares*, de 15 de septiembre de 1987; el *Acuerdo entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los Estados Unidos de América sobre la notificación del lanzamiento de misiles balísticos intercontinentales y de misiles balísticos lanzados desde submarinos*, de 31 de mayo de 1988; o el *Acuerdo entre el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la prevención de actividades militares peligrosas*, de 12 de junio de 1989. España ha firmado asimismo el *Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la prevención de incidentes en la mar fuera del mar territorial*, de 26 de octubre de 1990 (B.O.E. de 4 de noviembre de 1991 y en vigor desde el 10 de octubre de 1991).

Seguridad, al iniciarse el periodo de distensión se produjeron dos hechos en cierto modo consecuentes el uno respecto del otro: la política de zonas de influencia había mantenido latentes una serie de conflictos que, al finalizar el enfrentamiento político, vieron la luz con inusitada virulencia. Los conflictos del Golfo, Angola o Etiopía son claros ejemplos de ello. En otros casos, aquel enfrentamiento mantenía soterradas ambiciones y expresiones nacionalistas que en la actualidad han estallado dejando tras de sí un reguero de muerte y destrucción (Yugoslavia o el cáucaso ex-soviético).

La consecuencia en el seno de las Naciones Unidas no ha sido otra que la movilización del Consejo de Seguridad en una misión *renovada* de garante de la paz internacional que durante más de cuatro décadas no ha podido ejercer. La aprobación continua de resoluciones en las que se acometía una acción institucional —armada o no— de la comunidad internacional a través de las Naciones Unidas, ha supuesto una práctica nueva que, en ciertos casos, no ha recibido el apoyo expreso de todos los miembros del Consejo (China, en particular, ha venido absteniéndose en muchas de las votaciones) y en otros ha transitado por los límites mismos de la legalidad internacional tal como fue prevista en la Carta para los casos de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión (69). El mismo concepto de estos casos está siendo en la actualidad revisado (70).

La acción de las Naciones Unidas en la esfera específica del desarme (a través de sus órganos principales, especialmente el Consejo) se ha desarrollado en cuatro aspectos fundamentales: de un lado ha supuesto la creación de *Operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la*

(69) Vide esta discusión en nuestra doctrina en la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1991, en DASTIS QUECEDO, A.M.: "El uso de la fuerza armada en el Golfo: una justificación jurídica" (pp. 109 a 116) y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P.: "Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak" (pp. 117 a 122).

(70) Vide al efecto el informe del Secretario General *Un programación de paz*, de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad. Vide en la doctrina, entre otros, GAJA, G.: "Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial", en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 97, 1993, pp. 297 a 320 (en especial pp. 299 a 307). Vide también el trabajo de CARDONA LLORENS, J.: "Nuevo Orden mundial y mantenimiento de la paz y Seguridad internacionales", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 215 a 263.

paz en las que se acordado determinadas medidas de desarme (71); de otro lado, ha impulsado la misión verificadora de la Organización (en especial de su Secretario General) en la esfera del mantenimiento de la paz (72); en tercer lugar, como nueva expresión de la escena internacional actual, ha adoptado las condiciones del restablecimiento y mantenimiento de la paz tras un conflicto bélico (las acciones armadas contra Iraq en 1991). Con la resolución 687 (1991) de 3 de abril de 1991, por primera vez en su historia, el Consejo de Seguridad estableció las condiciones, obligaciones y derechos que le correspondían a Iraq y al resto de la comunidad internacional tras los acontecimientos del Golfo desarrollados entre 1990 y 1991. Más aún, en su sección C, la resolución 687 ordena el desarme selectivo de Iraq (todo lo relacionado con las armas nucleares y químicas y vectores balísticos de lanzamiento) bajo un estricto control internacional (73).

Por último, cabe citar el esfuerzo que desde la *organización mundial* se sigue haciendo para controlar la proliferación generalizada de armas convencionales. Mientras el continente europeo está asistiendo a una proceso progresivo de limitación de los arsenales convencionales de los Estados de las antiguas Alianzas enemigas (74), a nivel mundial ello ha sido jurídicamente imposible. Tanto la escena internacional como los in-

(71) Tanto en las misiones de verificación en Angola (UNAVEM I y II, de 1989-actualidad), como en la misión de observación en centramérica (ONUCA, 1989-1992), en Iraq y Kuwait (UNIKOM, 1991-actualidad), en El Salvador (ONUSAL, 1991-actualidad), en Camboya (UNAMIC, 1991-1992) en la extinta Yugoslavia (UNPROFOR, 1992-actualidad), en Somalia (UNOSOM, 1992-actualidad) o en Mozambique (ONUMOZ, 1992-actualidad), las *boinas azules* y los *cascos azules*, así como las tropas puestas a disposición por los Estados y bajo su mando, están procediendo al desarme de facciones en guerra, grupos guerrilleros y fuerzas armadas estatales. Las misiones tienen también encomendada la verificación de dichos procesos de desarme.

(72) En particular *vide* la resolución de la Asamblea General 46/59 de 17 de enero de 1992 que incluye la "Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" y el Informe del Secretario General "Verificación en todos sus aspectos, incluida la función de las Naciones Unidas en la esfera de la verificación" (documento A/47/405).

(73) *Vide* SUR, S., *Security Council Resolution 687 of 3 April 1991 in the Gulf Affair: Problems of Restoring and Safeguarding Peace*, UNIDIR Research Papers nº 12, Nueva York (Naciones Unidas) 1992. *Vide* asimismo nuestros comentarios a esta Resolución respecto del Derecho internacional del desarme que llevamos a cabo en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho internacional público*, 3ª edición, Madrid (Tecnos) 1994, pp. 547 y 548, y en nuestra obra *La verificación de los acuerdos de desarme...*, Parte Tercera, § 1.7.2.

(74) En el continente europeo, la firma de los Acuerdos FACE, FACE 1A y el *Tratado de Cielos Abiertos* ha sido posible gracias a dos factores: 1) la previa conclusión

tereses comerciales en juego no han permitido que se concluyeran siquiera otros acuerdos regionales. Las dificultades son mucho mayores por varias razones: por el tipo de armamentos en cuestión, porque los procesos de desarme y obsolescencia de los arsenales del norte está produciendo una venta o traspaso masivo de dichos arsenales hacia el sur y la periferia del norte (es especialmente preocupante el caso en la ex-Unión Soviética (75)); porque la industria armamentista, en fin, ha supuesto y todavía supone una actividad económica que ocupa a un gran número de trabajadores y atiende a muchas otras empresas civiles que subsisten como proveedores de aquélla.

En todo caso, en los conflictos nacionales en los que la comunidad internacional ha tenido que intervenir de forma muy desigual (por ejemplo, la extinta Yugoslavia, Somalia o Angola), el mayor problema lo han planteado los enormes arsenales convencionales en manos de facciones enfrentadas.

El registro del tráfico de tales armas ha sido una de las soluciones buscada en el Derecho internacional del desarme. Iniciados los estudios en 1988 (76) la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó finalmente el 6 de diciembre de 1991 la resolución 46/36 H que, bajo el título "Transferencias internacionales de armas", iniciaba los mecanismos necesarios para que los Estados miembros notificaran al Secretario General información precisa sobre las legislaciones internas sobre controles nacionales a la importación y exportación de armas.

Todo ello facilitó que el 9 de diciembre de 1991, la Asamblea General adoptase (con la abstención de Cuba y China) la resolución 46/36 L que fue propuesta por la Comunidad Europea y Japón. Esta resolución, denominada "Transparencia en materia de armamentos", incorpora en su Anexo el texto por el cual se creó, a partir del 1 de enero de 1992, el *Registro de Armas Convencionales*. Organizado por el Secretario General en la sede neoyorquina de las Naciones Unidas, a partir de tal fecha —y en el mes de abril de cada año— los Estados proporcionarán libremente información sobre el número, destinatario o proveedor de las exportacio-

de varios documentos de creación de confianza entre los Estados en materia de seguridad, y 2) el deseo manifiesto de los Estados occidentales de acabar con la posibilidad de un ataque masivo convencional del extinto Pacto de Varsovia.

(75) Vide SOROKIN, K.: "Russia's 'New Look' Arms Sales Strategy", en *Arms Control Today*, vol. 23, n° 8, octubre 1993, pp. 7 a 12.

(76) Aunque cabría decir que la primera piedra ya la puso en 1947 con la "Comisión de armamentos de tipo corriente" (vide *supra* § 2.1.2.1).

nes e importaciones sobre los siguiente elementos: carros de combate, vehículos blindados de combate, sistemas de artillería de gran calibre, aviones de combate, helicópteros de ataque, naves de guerra y misiles o sistema de misiles. El registro estará abierto en todo momento a las consultas de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Junto a ello, el Secretario General presentará anualmente a la Asamblea General un informe que contenga todas las informaciones registradas (77).

La aportación de tal información por parte de los Estados y su inclusión en un registro público, no obstante su no obligatoriedad jurídica, implica la creación de un método de determinación de los hechos en función del intercambio de datos. No es, pues, un verdadero método de verificación por cuanto no incorpora método alguno de apreciación jurídica. Atiende más a la idea de un mecanismo de creación confianza en el sentido que aporta una transparencia en una actividad tan sensible como es el tráfico de armas convencionales. Sin embargo, este método de creación de confianza está viendo cómo las comunicaciones de los Estados al Registro están disminuyendo paulatinamente (78).

IV. CONCLUSIÓN

Toda esta práctica de las Naciones Unidas muestra cómo, dadas las nuevas condiciones políticas de la escena internacional, de forma renovada la Organización está asumiendo un cierto protagonismo en materia del desarme. Algunas de las consideraciones que forzaron la ausencia relativa de las Naciones Unidas de la empresa del desarme durante la «Guerra fría» siguen todavía hoy presentes. Sin embargo, quizá los nuevos trazos apuntados por la Organización supongan el inicio —selectivo pero progresivo— de un periodo en el que la *Organización mundial* asuma de una vez por todas las misiones en materia de desarme que en su Carta fundacional los Estados le asignaron en 1945.

(77) Este informe fue presentado a la Asamblea general el 11 de octubre de 1993 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones*, Suplemento n.º 344 (A/48/344)].

Vide asimismo *Arms Control Today*, vol. 23, n.º 7, septiembre 1993, p. 33.

(78) Vide WALKING, S.: "UN Conventional Arms Register Participation Declines Slightly", en *Arms Control Today*, vol. 24, n.º 10, diciembre 1994, p. 24.

Los pasos que se están dando son importantes. El nuevo talante político los están permitiendo y favoreciendo. Acaso quepa esperar nuevos avances; sin embargo, salvo excepciones claras como la que representó la autorización del Consejo de Seguridad a usar «todos los medios necesarios» contra Irak en 1991 y las subsiguientes medidas de desarme unilateral acordadas por el Consejo en su Resolución 687 (1991), sigue hoy vigente el principio que el Tribunal Internacional de Justicia recordara en 1986: que en derecho internacional no existen normas, aparte de las que pudiera aceptar el Estado interesado por un tratado u otro medio, que limiten el nivel de armamentos de un Estado soberano, y que este principio es válido para todos los Estados sin excepción (79).

El desarme reside pues en los entresijos más profundos de la voluntad soberana de los Estados. La Organización de las Naciones Unidas, tras cincuenta años de vida, sigue teniendo la tarea insoslayable de recordar a los Estados las palabras de Isaías para que, de una vez por todas, convirtamos las espadas en arados.

(79 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, p. 135, para. 269 in fine.

Estados Miembros en los Organos de negociación multilateral sobre el desarme (1995) (1)

ESTADOS MIEMBROS	CD(2)	CCD	ENCD	TNDC
Argelia	+			
Argentina	+	+		
Australia	+			
Bélgica	+		+	
Brasil	+	+	+	+
Bulgaria	+	+	+	+
Canadá	+	+		
China	+(a)			
Cuba	+		+	+
Egipto	+	+	+	
Estados Unidos de América	+(a)	+		
Etiopía	+	+	+	+
Federación de Rusia (sucesora de la U.R.S.S.)	+(a)	+		
Francia	+(a)	+(d)	+(d)	+
Hungría	+	+	+	
India	+	+		
Indonesia	+			
Irán	+	+(c)	+	+
Italia	+	+		
Japón	+	+		
Kenya	+		+	
Marruecos	+		+	
México	+	+		
Mongolia	+	+		
Myanmar (antigua Burma)	+	+		
Nigeria	+	+		
Países Bajos	+	+	+	
Pakistán	+	+		
Perú	+	+(c)	+	+
Polonia	+	+	+	+
Reino Unido	+(a)	+	+	+
República Democrática Alemana	+(b)	+(c)		
República Federal Alemana	+(b)	+(c)		
Rumanía	+	+	+	+
Sri Lanka	+		+	
Suecia	+	+	+	+
Venezuela	+			
Zaire	+	+(c)		

(1) Fuente: UNIDIR Newsletter, vol.5, nº 1, abril 1992, p. 25.

(2) Estados con estatuto de observador en 1992: Austria, Bangladesh, Belarús, Bolivia, Camerún, Colombia, Costa Rica, Chile.

Dinamarca, Ecuador, Emiratos Arabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Filipinas, Finlandia, Ghana, Grecia, Irak, Irlanda, Israel, Jordania, Kuwait, Libia, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Panamá, Portugal, Qatar, República Arabe Siria, República Checa, República Popular Democrática de Corea, República de Corea, República Unida de Tanzania, Santa Sede, Senegal, Singapur, Suiza, Suráfrica, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Viet Nam y Zimbabue.

CD = Conferencia de desarme, antes Comité de desarme.

CCD = Conferencia del Comité de desarme.

ENCD = Conferencia de desarme de Dieciocho Naciones (siglas inglesas).

TNDC = Comité de desarme de las Diez Potencias (siglas inglesas).

(a) Estados poseedores del arma nuclear.

(b) Devino una sola delegación en 1990.

(c) Devino Miembro de la CCD en enero de 1975.

(d) Francia, siendo Miembro, no participó en las reuniones.

2. NOTAS

**LA SECCION DE DERECHO PENAL MILITAR
DE LA «REVISTA GENERAL DE DERECHO»
(1985-1993)**

EPILOGO

Antonio Millán-Garrido
Profesor de la Universidad de Cádiz
Consejero de la *Revista General de Derecho*

Hace diez años (abril de 1985) que, en la *Revista General de Derecho*, se insertaba, por vez primera, la «Sección de Derecho Penal Militar». Y, aunque entonces apareció sin prólogo o nota introductoria, ni más presentación que su propio contenido, he considerado oportuno este «epílogo» con el que dar formalmente por concluida una etapa, formular algunas consideraciones generales al respecto y, sobre todo, agradecer públicamente su colaboración a todos quienes hicieron viable el proyecto editorial.

La idea de una «Sección de Derecho Penal Militar» se gestó, durante 1983 y 1984, dentro del marco de la nueva orientación, más ambiciosa, que pretendía, para la *Revista General de Derecho*, su fundador, director y propietario, el abogado valenciano Augusto Vicente y Almela.

No debe olvidarse, en este punto, que la *Revista General de Derecho*, como caso único, al menos entre nosotros, es obra personalísima de Vicente y Almela, quien, contando tan sólo 24 años, la fundó en 1944, como una publicación periódica destinada básicamente a ofrecer al abogado la denominada «jurisprudencia menor». Después, a lo largo de más de cincuenta años, aun permaneciendo fiel a sus principios editoriales, la *Revista* ha ido consolidándose en distintas etapas concebidas, proyectadas y materializadas siempre por su propio fundador.

Pues bien, a partir de 1980, la *Revista General de Derecho* comenzó a incorporar secciones permanentes de contenido especializado. Y, desde el

primer momento, más como amigo que como colaborador, le sugerí a Vicente y Almela la posibilidad de dedicar algunas páginas al Derecho penal militar. Recuerdo cómo, tras algunas reticencias, en 1983, durante una reunión en Madrid, me dió la «luz verde» al proyecto, confiándome su dirección. Era y soy consciente de que la nueva sección no resultaba atractiva en términos comerciales y de que contó, desde el principio, con la oposición de algunos Consejeros. Por ello, la primera y prioritaria expresión de gratitud, en este lugar, ha de ser para Augusto Vicente y Almela, brillante jurista y empresario ejemplar, que, con su flexible talento y generosa actitud, abrió las páginas de su revista a una disciplina que, por su condición de especialidad minoritaria, no podía despertar excesivo interés entre los destinatarios naturales de la publicación.

Así fue como en el número 487 de la Revista, correspondiente a abril de 1985 (pp. 907-992), se insertó la primera «entrega» de la Sección de Derecho Penal Militar, que, durante ocho años, continuaría apareciendo, con cierta regularidad, hasta su supresión en 1993.

La Sección, al margen de consideraciones de índole comercial e, incluso, estrictamente editoriales, venía, en 1985, a cubrir un sensible vacío en un momento «histórico» para nuestra disciplina.

En efecto, tras una de sus más brillantes etapas, concluida en 1980, la *Revista Española de Derecho Militar* atravesaba serios problemas financieros, determinantes de su irregular aparición a la vez que de la lógica incertidumbre sobre su futuro. Y esta crisis venía a coincidir con la gestación de la reforma de la Justicia militar española, más concretamente con la génesis, tramitación parlamentaria y promulgación de nuestro vigente Código penal militar, así como de buena parte de su legislación complementaria.

De aquí que, desde su inicio y durante algunos años, la Sección de Derecho Penal Militar ofreciese en sus páginas los más relevantes trabajos de nuestra especialidad, que se gestaban en el marco de la reforma normativa en curso. Dió testimonio de ello el maestro Rodríguez Devesa, al destacar que «es de obligada consulta, para conocer la problemática del nuevo Código penal militar, el estudio de los artículos, jurisprudencia y recensiones bibliográficas que se publican en la *Revista General de Derecho*, en su “Sección de Derecho Penal Militar”, dirigida por Antonio Millán Garrido» (1987).

No me corresponde a mi, en ningún caso, hacer una valoración crítica de la publicación y su contenido. Aunque sí advertir que la Sección —y no podía ser de otra manera— tuvo sus condicionamientos sustanciales y limitaciones formales en las propias exigencias y línea editorial de la

Revista en la que se insertaba. Ello obligó, por ejemplo, en algunos casos, a descartar estudios con escasa trascendencia o que, por su extensión, hubieran cubierto todo el espacio semestral disponible. Y aconsejó, en cambio, incorporar trabajos meramente expositivos, cuando no de divulgación, necesarios para el lector, no especialista en la materia, que quisiese conocer, en sus líneas básicas, el contenido de las leyes integrantes del nuevo ordenamiento jurídico militar.

En todo caso, esta imprescindible adecuación a los principios de la *Revista General de Derecho* no impidió el que la Sección de Derecho Penal Militar contase, desde el comienzo, con plena autonomía y, dentro del indicado marco editorial, con una conformación propia y unas bases —sustanciales y estructurales— a las que ha respondido su contenido y del que, como director, me responsabilizo en todos los órdenes.

Por lo demás, la Sección de Derecho Penal Militar, a lo largo de 1.570 páginas, ha publicado, en estos ocho años, 62 trabajos (48 estudios doctrinales, 9 de Derecho comparado y 5 comentarios jurisprudenciales), 30 notas y 80 recensiones o reseñas bibliográficas. Además, lógicamente, del apartado jurisprudencial, que recoge, en apretada síntesis, los pronunciamientos del Consejo Supremo de Justicia Militar desde octubre de 1982 hasta abril de 1988, y los fallos de la Sala 5ª del Tribunal Supremo desde 1988 hasta 1991.

Entre los estudios, merece una referencia especialmente emotiva el titulado «Algunas consideraciones sobre el Código penal militar español de 1985» (núms. 517-518, 1987, pp. 5681-5705), al ser el último trabajo escrito y publicado por el maestro Rodríguez Devesa, que meses después fallecía en Bolivia.

De las restantes aportaciones no pretendo hacer menciones específicas, aun cuando algunos estudios lo merecerían. Todos los trabajos contribuyeron, de una u otra manera, a conformar la Sección con el nivel pretendido. A los cincuenta compañeros que me prestaron su colaboración durante estos años no puedo sino, desde aquí, mostrarles mi profunda gratitud por una ayuda siempre desinteresada. Deseo hacer constar expresamente cómo ninguna colaboración —y, por supuesto, tampoco la dirección, bajo concepto alguno— fue retribuida o, como se suele decir ahora, «compensada».

No obstante lo expuesto y, en concreto, el trabajo realizado, es lo cierto que la Sección de Derecho Penal Militar siempre padeció un marcado signo de provisionalidad. Ya dije al comienzo que nació como una «concesión», si se quiere *intuitu personae*, que no *ratione materiae*, de Augusto Vicente y Almela, quien —me consta— defendió, durante años,

su continuidad, a pesar de la generalizada opinión contraria en el seno de la propia *Revista General de Derecho* y de las objeciones formuladas por algunos suscriptores*.

La evidente realidad es que el Derecho militar, en prácticamente todas sus manifestaciones, ofrece muy escaso interés fuera de ámbitos jurídicos especializados. Por ello, consolidada la nueva etapa de la *Revista General de Derecho* (que había pasado de 4.221 páginas en 1985 a 11.686 páginas en 1991 y a 12.948 en 1992), resultaba cada vez más difícil insertar la Sección de Derecho Penal Militar, porque, para hacerlo, había que competir con Secciones como las de Derecho comunitario, Derecho registral, Derecho de sociedades, Derecho social, Derecho constitucional, Derecho procesal, Derecho de transportes o Práctica jurídica concursal.

En este contexto, sin garantía de periodicidad y con unas condiciones de publicación poco favorables, se optó, de modo «tácito», en 1993, por suprimir la Sección de Derecho Penal Militar del contenido permanente de la «*Revista General de Derecho*».

Con todo, pese a las dificultades y carencias, la Sección ha comportado, para quienes, durante estos ocho años, la elaboramos, una experiencia editorial interesante y enriquecedora. Y, al margen de cualquier consideración crítica, su contenido constituye hoy referencia obligada en el ámbito del Derecho penal militar.

A paliar la dificultad de acceso a dicho contenido —disperso en los distintos volúmenes en que aparecen publicadas las correspondientes secciones— tiende el índice general que se inserta a continuación y con el que concluye este epílogo.

* * *

I. DOCTRINA

APARICIO GALLEGO, J.: «La nueva organización de la Justicia militar», núm. 512 (1987), p. 2457.

* De estos escasos suscriptores, no faltó un miembro del Cuerpo Jurídico Militar, cuya carta, fechada en Madrid el 18 de noviembre de 1988, no me resistió a reproducir: «Muy Sres. míos: Como suscriptor de esa revista, me permito llamar la atención sobre la quizá excesiva profusión de artículos sobre cuestiones de Derecho Penal Militar. Yo entiendo que para dichos trabajos es más apropiada la Revista de Derecho Penal Militar (sic) que es muy conocida entre los especialistas del ramo. Sin otro particular se despide con atentos saludos. Fdo. J.I.P.D., Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico del Aire retirado. P.D. Que no se me enfaden mis compañeros, pero creo que tengo razón».

- ARROYO LLANES, L. M.: «Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo», núms. 574-575 (1992), p. 7185.
- BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.: «Cláusulas de salvaguardia y otras garantías por razones de la Defensa en los tratados comunitarios europeos», núm. 524 (1988), p. 2907.
- BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.: «Vigencia de la Real Orden de 24 de junio de 1893 y delito de deserción», núm. 535 (1989), p. 2145.
- CALDERÓN SUSÍN, E.: «Comentario de urgencia al Proyecto de Código penal militar», núm. 487 (1985), p. 908.
- CALDERÓN SUSÍN, E.: «Prevención y control de drogas en las Fuerzas Armadas: aspectos legales», núm. 504 (1986), p. 3985.
- DE ARANDA Y ANTÓN, G.: «Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil», núms. 568-569 (1992), p. 371.
- ESQUIVIAS LÓPEZ-CUERVO, A.: «La reforma del régimen penitenciario militar», núms. 517-518 (1987), p. 5707.
- FEIJOO, J.: «La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar», núm. 547 (1990), p. 2453.
- FERNÁNDEZ AREAL, J. R.: «La "excepción militar" a la abolición de la pena de muerte», núm. 528 (1988), p. 5219.
- FERNÁNDEZ DOTU, P. J.: «Algunas consideraciones en torno a la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 8 de abril de 1967», núm. 543 (1989), p. 8105.
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A.: «Duración de la prestación de los objetores de conciencia: inconstitucionalidad parcial en el Derecho italiano (Notas a la Sentencia 470, de 31 de julio de 1989, del Tribunal Constitucional italiano)», núms. 550-551 (1990), p. 5725.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La Justicia militar en Derecho comparado», núms. 568-569 (1992), p. 335.
- FORASTER SERRA, M.: «Breves observaciones al nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil», núms. 568-569 (1992), p. 381.
- FORASTER SERRA, M.: «La organización de la Justicia militar en España», núm. 547 (1990), p. 2445.
- FORASTER SERRA, M.: «La reforma de la Justicia militar española», núm. 543 (1989), p. 8109.
- FORASTER SERRA, M.: «Protección jurisdiccional de la objeción de conciencia», núms. 556-557 (1991), p. 373.
- FORASTER SERRA, M.: «Recursos jurisdiccionales en la objeción de conciencia al servicio militar», núms. 568-569 (1992), p. 387.
- FORTÚN ESQUIFINO, R.: «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley Disciplinaria Militar», núm. 512 (1987), p. 2471.

- GARCÍA LABAJO, J. M.: «Efectos que produce la exclusión del servicio militar en las causas por deserción», núm. 543 (1989), p. 8095.
- GELABERT CAMARASA, M.: «Prevención y control de drogas en las Fuerzas Armadas», núm. 512 (1987), p. 2483.
- GÓMEZ CALERO, J.: «La reforma de la jurisdicción militar a partir de la Constitución», núm. 504 (1986), p. 3959.
- HERNÁNDEZ OLIVENCIA, A.-R.: «De la naturaleza jurídica del régimen disciplinario militar», núms. 580-581 (1993), p. 435.
- HERNÁNDEZ OLIVENCIA, A.-R.: «De la obstrucción al servicio militar», núms. 574-575 (1992), p. 7203.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.-F.: «Aplicabilidad en Derecho penal militar del artículo 66 del Código penal común», núm. 535 (1989), p. 2139.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.-F.: «La medición de la pena en el Derecho penal militar español», núm. 512 (1987), p. 2439.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Con motivo del primer centenario del Código de Justicia Militar de 1890», núm. 561 (1991), p. 5099.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar», núms. 493-494 (1985), p. 3215.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Notas sobre la Organización de Tribunales militares en la Guerra Civil», núm. 504 (1986), p. 3941.
- MANZANO SOUSA, M.: «Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil», núms. 538-539 (1989), p. 4761.
- MARTOS NUÑEZ, J. A.: «Consideraciones críticas sobre el patriotismo en el Código de Justicia Militar», núm. 487 (1985), p. 921
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria», núms. 556-557 (1991), p. 387.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Objeción de conciencia al servicio militar y prestación sustitutoria (Algunas consideraciones generales sobre su régimen en Derecho español)», núm. 561 (1991), p. 5105.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Prestación social y régimen disciplinario», núms. 568-569 (1992), p. 391.
- MONTULL LAVILLA, E.: «Breves consideraciones acerca de la actual regulación legal de la cancelación de notas desfavorables obrantes en la documentación personal administrativa de los militares», núm. 528 (1988), p. 5231.
- MONTULL LAVILLA, E.: «El delito de traición en el Derecho español (Un breve estudio crítico anterior al Código penal militar de 1985)», núm. 499 (1986), p. 1311.
- RAMÍREZ SINEIRO, J. M.: «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la jurisdicción militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», núms. 574-575 (1992), p. 7163.

- RAMÍREZ SINEIRO, J. M.: «El asilo naval (Consideraciones sobre el eventual ejercicio de una modalidad límite de la institución del asilo a propósito de la normativa española en la materia)», núms. 517-518 (1987), p. 5753.
- RAMÍREZ SINEIRO, J. M.: «El vigente régimen penal de la insumisión», núms. 580-581 (1993), p. 415.
- RAMOS GANCEDO, D.: «El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional», núm. 528 (1988), p. 5191.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Definición de “circunstancias críticas” en el Código penal militar», núms. 568-569 (1992), p. 363.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El Código penal militar», núm. 499 (1986), p. 1257.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Ley penal y Derecho penal militar», núm. 524 (1988), p. 2849.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Algunas consideraciones sobre el Código penal militar español de 1985», núms. 517-518 (1987), p. 5681.
- ROJAS CARO, J.: «Continuidad y vías de hecho en el delito de insulto a superior», núms. 538-539 (1989), p. 4737.
- ROJAS CARO, J.: «El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil», núms. 517-518 (1987), p. 5739.
- ROJAS CARO, J.: «El maltrato de obra a un inferior en el Código de Justicia Militar», núms. 493-494 (1985), p. 3223.
- SAÉNZ SAGASETA DE ILÚRDOZ, M.: «Un caso de represión directa de las infracciones graves del Derecho humanitario: el artículo 105 del Código penal militar español», núms. 538-539 (1989), p. 4731.

II. DERECHO COMPARADO

- DE ARANDA Y ANTÓN, G. N. / RUIZ FERRO, J. (trad.): «Portugal: Ley número 6/1985, de 4 de mayo, sobre el Estatuto del Objeto de Conciencia contra el servicio militar obligatorio», núm. 512 (1987), p. 2497.
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A. (trad.): «Italia: Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1989, de 31 de julio, sobre duración de la prestación sustitutoria de los objetores de conciencia», núms. 556-557 (1991), p. 393.
- GÓMEZ CALERO, J. (trad.): «Ley de 7 de mayo de 1981, número 180. Modificaciones al Ordenamiento judicial militar italiano en tiempos de paz», núms. 493-494 (1985), p. 3245.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «La legislación penal militar de Suecia», núms. 517-518 (1987), p. 5783.
- MILLÁN GARRIDO, A. (trad.): «Consejo de Europa: Recomendación número R (87) 8, del Comité de Ministros, a los Estados miembros relativa a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio», núm. 524 (1988), p. 2921.

- MILLÁN GARRIDO, A. (trad.): «Italia: Ley número 689/1985, de 26 de noviembre, por la que se modifica el Código penal militar para tiempos de paz», núm. 512 (1987), p. 2493.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Evolución actual de la Justicia militar en la República Argentina», núm. 528 (1988), p. 5233.
- VENDITTI, R.: «Novedades de la reforma de 1981 en la organización de la Justicia militar y en la estructura del proceso penal militar en Italia», trad. de J.-F. Higuera Guimerá, núm. 504 (1986), p. 3995.
- VENDITTI, R.: «Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar», trad. de A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 931.

III. JURISPRUDENCIA

A) *Comentarios*

- BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.: «Breve comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/1986, de 24 de julio», núms. 517-518 (1987), p. 5797.
- CASAS BAQUERO, E.: «Tipicidad penal y legalidad constitucional en el Derecho militar» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1984), núm. 487 (1985), p. 947
- MILLÁN GARRIDO, A.: «La suspensión de condena en la legislación penal militar» (Comentario al Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 10 de octubre de 1984), núms. 493-494 (1985), p. 3256.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Deserción al extranjero y deserción en el extranjero» (Comentario a la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de enero de 1985), núm. 504 (1986), p. 4007.
- ROJAS CARO, J.: «El delito de insulto a superior en su aspecto competencial» (Comentario al Auto del Tribunal Supremo (Sala Especial de Competencias) de 7 de marzo de 1985], núm. 499 (1986), p. 1340.

B) *Reseñas*

- * Consejo Supremo de Justicia Militar, octubre 1982-diciembre 1983, núm. 487 (1985), p. 952.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, primer semestre de 1984, núms. 493-494 (1985), p. 3259.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, segundo semestre de 1984, núm. 499 (1986), p. 1347.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, primer semestre de 1985, núm. 504 (1986), p. 4005.

- * Consejo Supremo de Justicia Militar, segundo semestre de 1985, núm. 513 (1987), p. 3281.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, primer semestre de 1986, núms. 517-518 (1987), p. 5803.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, segundo semestre de 1986, núm. 524 (1988), p. 2925.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, primer semestre de 1987, núm. 528 (1988), p. 5253.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, segundo semestre de 1987, núm. 535 (1989), p. 2151.
- * Consejo Supremo de Justicia Militar, primer cuatrimestre de 1988, núms. 538-539 (1989), p. 4745.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, segundo semestre de 1988 (Sentencias penales), núm. 543 (1989), p. 8119.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, segundo semestre de 1988 (Autos), núm. 547 (1990), p. 2461.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, segundo semestre de 1988 (jurisprudencia contencioso-disciplinaria), núms. 550-551 (1990), p. 5741.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, año 1989 (jurisprudencia contencioso-disciplinaria), núms. 556-557 (1991), p. 407.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, primer semestre de 1989 (jurisprudencia penal), núm. 561 (1991), p. 5121.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, segundo cuatrimestre de 1989 (jurisprudencia penal), núms. 568-569 (1992), p. 411.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, año 1990 (jurisprudencia penal y contencioso-disciplinaria), núms. 574-575 (1992), p. 7215.
- * Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, año 1991 (jurisprudencia penal y contencioso-disciplinaria), núms. 580-581 (1993), p. 471.

[Esta subsección corrió a cargo, sucesivamente, de M. Martín Calzada, A. Millán Garrido y A. Lafita Togados.

Debe hacerse constar, no obstante, la colaboración ocasional de R. González García-Mier, I. M. Mateo Gutiérrez, J. L. Torres Fernández y J. Valenciano Almoyna].

IV. LEGISLACIÓN

A) *Comentarios*

CASTILLO GARCÍA, M.: «Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», núms. 493-494 (1985), p. 3268.

- DE LAS RIVAS ARAMBURU, I.: «Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar», núm. 487 (1985), p. 971.
- GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, R.: «Actualidad legislativa del segundo semestre de 1985», núm. 499 (1986), p. 1354.
- GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, R.: «El proyecto de Código penal militar», núm. 487 (1985), p. 975
- MILLÁN GARRIDO, A.: «La Ley reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria», núm. 487 (1985), p. 972.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Objeción de conciencia», núms. 493-494 (1985), p. 3267.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», núms. 517-518 (1987), p. 5831.

B) *Textos*

- «Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de marzo de 1988 sobre sectores en que ha de desarrollarse la prestación social de los objetores de conciencia», núm. 528 (1988), p. 5286.
- «Instrucción 35/88, de 21 de abril, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas provisionales para el funcionamiento de los nuevos órganos jurisdiccionales creados por la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», núm. 528 (1988), p. 5285.
- «Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa», núm. 528 (1988), p. 5277.
- «Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar», núm. 528 (1988), p. 5281.
- «Orden Ministerial 43/86, de 27 de mayo, por la que se aprueban las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas», núm. 513 (1987), p. 3305.
- «Orden Ministerial 45/1987, de 23 de julio, por la que se aprueba la Instrucción penitenciaria militar», núm. 524 (1988), p. 2930.
- «Proyecto de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», núm. 504 (1986), p. 4045.
- «Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia», núm. 524 (1988), p. 2940.

C) *Notas Informativas*

- «Legislación sobre servicio militar», núm. 513 (1987), p. 3304.
- «Proyecto de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Nueva remisión a las Cortes», núm. 513 (1987), p. 3304.

V. INFORMACIÓN

- BLAY VILLASANTE, F.: «XI Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre», núm. 535 (1989), p. 2165.
- CARRILLO COLMENERO, J.: «Primeras Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas», núm. 487 (1985), p. 977.
- JAÉN ESQUIVEL, L.: «Presentación del libro "Derecho procesal penal militar" de J. Rojas Caro», núms. 574-575 (1992), p. 7261.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Actividad de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre», núm. 487 (1985), p. 981.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Reunión de la Comisión permanente de la Sociedad de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra», núm. 504 (1986), p. 4073.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «X Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre», núm. 499 (1986), p. 1355.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Actividad de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre», núm. 524 (1988), p. 2958.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «El Instituto Internacional de Derecho Humanitario», núm. 528 (1988), p. 5287.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Curso de la especialidad de Derecho marítimo, desarrollado por la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada», núm. 513 (1987), p. 3341.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Jornadas de Estudio sobre la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas organizadas por la Asesoría Jurídica de la Armada», núm. 513 (1987), p. 3340.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas», núms. 493-494 (1985), p. 3269.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «I Curso de Derecho de la Guerra para Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas», núms. 517-518 (1987), p. 5833.
- «II Jornadas Nacionales de Lucha Antídroma del Ejército del Aire», núm. 513 (1987), p. 3342.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A) Libros

- ÁLVAREZ RONDÁN, L. B. / FORTÚN ESQUIFINO, R.: *Ley Disciplinaria Militar* (Aranzadi, Pamplona, 1986), por M. Martín Calzada, núm. 513 (1987), p. 3346.
- ÁLVAREZ RONDÁN, L. B. / FORTÚN ESQUIFINO, R.: *Ley Disciplinaria Militar* (Aranzadi, Pamplona, 1986), por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, núms. 517-518 (1987), p. 5841.

- BLECUA FRAGA, R. / RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.): *Comentarios al Código penal militar* (Civitas, Madrid, 1988), por M. Balado Ruiz-Gallegos, núms. 538-539 (1989), p. 4759.
- BLECUA FRAGA, R. / RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.): *Comentarios al Código penal militar* (Civitas, Madrid, 1988), por F. Blay Villasante, núm. 535 (1989), p. 2167.
- BLECUA FRAGA, R. / RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.): *Comentarios al Código penal militar* (Civitas, Madrid, 1988), por J. R. Fernández Areal, núm. 528 (1988), p. 5291.
- Boletín Judicial Militar* (núm. 1, Madrid, 1992), por A. Millán Garrido, núms. 574-575 (1992), p. 7257.
- CALDERÓN SUSÍN, E. (coord.): *La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional*, T. X de los «Comentarios a la Legislación Penal» (Edersa, Madrid, 1989), por J. Sánchez del Río y Sierra, núm. 543 (1989), p. 8151.
- CHÁVARRI ZAPATERO, J.: *Régimen disciplinario militar* (Tecnos, Madrid, 1986), por A. Millán Garrido, núms. 517-518 (1987), p. 5843.
- Die Schweizerische Militärjustiz / La Justice militaire suisse* (Verlag Lenticularis Ag, Opficon, 1989), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2467.
- HERNÁNDEZ DEL OLMO, P. (ed.): *Código penal militar* (Aranzadi, Pamplona, 1989), por Carlos Lázaro, núms. 550-551 (1990), p. 5751.
- HIGUERA GUIMERA, J.-F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español. I. Parte General* (Bosch, Barcelona, 1990), por A. Millán Garrido, núms. 568-569 (1992), p. 427.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho penal militar* (Civitas, Madrid, 1987), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2959.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta de lo Militar, año 1988* (Madrid, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 550-551 (1990), p. 5752.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta de lo Militar, año 1989* (Madrid, 1990), por A. Millán Garrido, núms. 556-557 (1991), p. 422.
- LAGUILLO RODRÍGUEZ, M. D.: *El delito de extralimitación en el ejercicio del mando* (tesis inédita, Sevilla, 1982), por A. Millán Garrido, núms. 493-494 (1985), p. 3278.
- LÓPEZ, J. (trad.) / RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. (prol.): *Disciplina en las Fuerzas Armadas* (2 tomos, Madrid, 1986), por A. Millán Garrido, núm. 513 (1987), p. 3345.
- Legislación penal especial* (Colex, Madrid, 1986), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5300.
- Lexique plurilingüe* (Bruxelles, 1979-1987), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2962.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Comentarios a la Ley Procesal Militar* (San Sebastián, 1990), por A. Millán Garrido, núm. 561 (1991), p. 5160.

- MILLÁN GARRIDO, A.: *El delito de deserción militar* (Bosch, Barcelona, 1983), por F. Jiménez y Jiménez, núm. 504 (1986), p. 4076.
- MILLÁN GARRIDO, A.: *La objeción de conciencia* (Tecnos, Madrid, 1990), por F. Jiménez y Jiménez, núms. 574-575 (1992), p. 7258.
- MILLÁN GARRIDO, A.: *Régimen disciplinario de la Guardia Civil* (Trotta, Madrid, 1992), por F. Jiménez y Jiménez, núms. 580-581 (1993), p. 505.
- MILLÁN GARRIDO, A. (ed.): *Código penal militar y legislación complementaria* (Tecnos, Madrid, 1986), por F. Jiménez y Jiménez, núms. 517-518 (1987), p. 5843.
- MILLÁN GARRIDO, A. (ed.): *Competencia y organización de la jurisdicción militar* (Tecnos, Madrid, 1987), por M. G. Lázaro López, núm. 528 (1988), p. 5299.
- MORILLAS CUEVA, L.: *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales* (Civitas, Madrid, 1984), por R. González García-Mier, núm. 504 (1986), p. 4078.
- MUÑOZ ALONSO, J. M.: *Derecho administrativo militar* (2 vols., Madrid, 1989), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2467.
- PRIETO SANCHÍS, L. / BRUQUETAS GALÁN, C. (ed.): *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (Madrid, 1985), por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, núms. 517-518 (1987), p. 5835.
- RAMOS MORENTE, M.: *Guía de la objeción de conciencia* (Málaga, 1990), por A. Millán Garrido, núms. 556-557 (1991), p. 421.
- Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar* (Madrid, 1990), por A. Millán Garrido, núms. 568-569 (1992), p. 428.
- ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar* (Tecnos, Madrid, 1990), por A. Millán Garrido, núm. 561 (1991), p. 5157.
- VENDITTI, R.: *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* (3ª ed., Giuffrè, Milano, 1985), por R. González García-Mier, núm. 499 (1986), p. 1356.
- VENDITTI, R.: *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano* (5ª ed., Giuffrè, Milano, 1985), por R. González García-Mier, núm. 504 (1986), p. 4074.
- VENDITTI, R.: *Il processo penale militare* (2ª ed., Giuffrè, Milano, 1987), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5290.
- VENDITTI, R.: *Il processo penale militare secondo la Legge 7 maggio 1981, n. 180* (Giuffrè, Milano, 1982), por A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 984.
- VENDITTI, R.: *L'obiezione di coscienza al servizio militare* (Giuffrè, Milano, 1981), por A. Millán Garrido, núms. 493-494 (1985), p. 3273.
- ZAFFARONI, E. R. / CAVALLERO, R. J.: *Derecho penal militar. Lineamientos de la Parte General* (Ariel, Buenos Aires, 1980), por R. González García-Mier, núm. 487 (1985), p. 983.

B) *Revistas:*

a) *Estudios**:

- BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.: «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica 12/1985», (*RDPúbl.*, núm. 106, 1987, p. 55), por A. Millán Garrido, núms. 517-518 (1987), p. 5844.
- BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, F.: «Los delitos que comprometen la seguridad del Estado» (*REDM*, núm. 43, 1984, p. 139), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2964.
- CALDERÓN SUSÍN, E.: «La Ley penal militar alemana de 1974» (*CFDPM*, núm. 8, 1984, p. 119), por A. Millán Garrido, núms. 493-494 (1985), p. 3277.
- CALDERÓN SUSÍN, E.: «Límites temporales de la ley penal militar» (*CFDPM*, núm. 12, 1985, p. 9), por A. Millán Garrido, núm. 513 (1987), p. 3351.
- CANO PERUCHA, J. L.: «Los bandos penales militares» (*ADPCP*, T. XXXVI, 1983, p. 311), por A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 987.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La jurisdicción militar en nuestro Ordenamiento constitucional (La problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución)» (*RDPúbl.*, núm. 88, 1982, p. 533), por A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 985.
- FORASTER SERRA, M.: «Regulación de la objeción de conciencia», (*La Ley*, núm. 1.252, 1985, p. 1), por J. L. Fernández Reboul, núms. 493-494 (1985), p. 3277.
- GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica» (*ADPCP*, T. XXXIX, 1986, p. 771), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2963.
- GÓMEZ CALERO, J.: «La figura del “juez togado” en la jurisdicción militar» (*REDM*, núm. 41, 1983, p. 29), por A. Millán Garrido, núms. 493-494 (1985), p. 3275.
- GRIESSLER, F.: «Das neue Haeresdisziplinargesetz in 1985 in Osterreich» (*RDPMDG*, T. XXIV, 1985, p. 269), por A. Millán Garrido, núm. 504 (1986), p. 4080.
- MARTÍN CALZADA, M.: «El delito de usurpación de funciones militares» (*La Ley*, núm. 1.017, 1984, p. 1), por J. M. Montes Martínez, núm. 487 (1985), p. 989.

* En este apartado se utilizan las abreviaturas que siguen: ADPCP (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*), BICAM (*Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*), CFDPM (*Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*), RDPMDG (*Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*), RDPúbl. (*Revista de Derecho Público*), RDPro. (*Revista de Derecho Procesal*), REDM (*Revista Española de Derecho Militar*), REPol. (*Revista de Estudios Políticos*) y RGM (*Revista General de Marina*).

- MEYFARTH, L.: «Die Geschichte des Militärstrafrechts und der Militärstrafgerichtsbarkeit in Brandenburg-Preussen von Tode Friedrich II bis zur Reformzeit (1787-1814)» (*RDPMDG*, T. XXIV, 1985, p. 339), por A. Millán Garrido, núm. 504 (1986), p. 4080.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Delitos violentos y Fuerzas Armadas» (*RDPMDG*, T. XXII, 1984, p. 125), por F. J. Tirado Suárez, núm. 487 (1985), p. 991.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «Estudio sobre la regulación de las penas en el vigente Código de Justicia Militar» (*CFDPM*, núm. 10, 1985, p. 73), por J. L. Fernández Reboul, núm. 499 (1985), p. 1360.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «La Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania» (*RDPúbl.*, núm. 95, 1984, p. 283), por R. González García-Mier, núm. 487 (1985), p. 989.
- MILLÁN GARRIDO, A.: «La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho español» (*RDPMDG*, T. XXIV, 1985, p. 411), por M. Martín Calzada, núm. 513 (1987), p. 3350.
- MORALES VILLANUEVA, A.: «Derechos y libertades del militar profesional» (*REPol.*, núm. 37, 1984, p. 89), por R. González García-Mier, núm. 499 (1986), p. 1358.
- MOZO SEOANE, A.: «La asistencia letrada en “expedientes judiciales” del Código de Justicia Militar» (*La Ley*, núm. 1.029, 1984, p. 1), por A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 990.
- MUÑIZ VEGA, G.: «La extradición en Derecho militar» (*BICAM*, 1988/1, p. 83), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5304.
- MUÑIZ VEGA, G.: «Los bandos militares en el Derecho vigente» (*ADPCP*, T. XL, 1987, p. 191), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2965.
- PÉREZ-SERRABONA Y SANZ, J. L.: «El procedimiento sumarísimo a la vista de la Ley Orgánica 9/1980» (*REDM*, núm. 42, 1983, p. 129), por A. Millán Garrido, núm. 504 (1986), p. 4079.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «La obediencia debida en el Código penal militar español» (*RDPúbl.*, núm. 103, 1986, p. 273), por A. Millán Garrido, núm. 513 (1987), p. 3349.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «La reforma de la Justicia Militar (I)» (*RGM*, T. 210, 1986, p. 369), por A. Millán Garrido, núm. 504 (1986), p. 4081.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «La reforma de la Justicia Militar (II)» (*RGM*, T. 211, 1986, p. 351), por A. Millán Garrido, núms. 517-518 (1987), p. 5845.
- ROJAS CARO, J.: «El Expediente Judicial regulado en el Código de Justicia Militar» (*ADPCP*, T. XXXVI, 1983, p. 327), por R. González García-Mier, núm. 487 (1985), p. 988.
- ROJAS CARO, J.: «La judicialidad de las penas accesorias y de los efectos especiales en el Código de Justicia Militar» (*RDPúbl.*, núm. 103, 1986, p. 313), por A. Millán Garrido, núms. 517-518 (1987), p. 5846.

- ROJAS CARO, J.: «Un nuevo recurso de casación introducido por la jurisprudencia constitucional en la jurisdicción militar» (*RDP*ro., 1987/3, p. 501), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5303.
- ROJAS CARO, J.: «Una resolución polémica: ¿puede el móvil desnaturalizar el delito de insulto a superior?» (*REDM*, núm. 43, 1984, p. 125), por A. Millán Garrido, núm. 524 (1988), p. 2964.
- ROJAS CARO, J.: «¿Pueden los Tribunales Ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?» (*RDP*úbl., núm. 91, 1983, p. 303), por A. Millán Garrido, núm. 487 (1985), p. 986.
- VENDITTI, R.: «La objeción de conciencia al servicio militar» (*ADPCP*, T. XXXVII, 1984, p. 387), por M. Castillo García, núms. 493-494 (1985), p. 3276.

b) *Publicaciones:*

- Revista Argentina de Derecho Militar* (núms. 5-7, 1986-1988), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2471.
- Revista Argentina de Derecho Militar* (núms. 8 y 9, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 550-551 (1990), p. 5753.
- Revista Española de Derecho Militar* (núms. 44-50, 1985-1987), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5300.
- Revista Española de Derecho Militar* (núm. 51, 1988), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2470.
- Revista Española de Derecho Militar* (núm. 52, 1988), por A. Millán Garrido, núms. 550-551 (1990), p. 5752.
- Revista Española de Derecho Militar* (núm. 53, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 556-557 (1991), p. 422.
- Revista Española de Derecho Militar* (núm. 54, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 568-569 (1992), p. 430.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXV, 1986), por A. Millán Garrido, núm. 528 (1988), p. 5303.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXVII-2, 1988), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2472.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXVII-3-4, 1988), por A. Millán Garrido, núm. 547 (1990), p. 2473.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXVIII-1-2, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 550-551 (1990), p. 5754.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXVIII-3-4, 1989), por A. Millán Garrido, núms. 556-557 (1991), p. 423.
- Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (T. XXIX-1-2, 1990), por A. Millán Garrido, núms. 568-569 (1992), p. 430.

Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre (T. XXIX-3-4, 1990),
por A. Millán Garrido, núms. 568-569 (1992), p. 431.

**REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 72/94, DE 3 DE MARZO.**

Juan Antonio Pérez Parente
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: CONCEPTO, ORIGEN, REGULACIÓN, CRÍTICA DE LA INSTITUCIÓN.—II. PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL MILITAR.—III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.—IV. NECESIDAD O INNESARIEDAD DE SU PLANTEAMIENTO.—V. OTRA VEZ LA SUSPENSIÓN DE CON-DENA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: CONCEPTO. ORIGEN. REGULACIÓN. CRÍTICA DE LA INSTITUCIÓN.

Entre los beneficios penales que implican una rebaja o aminoración de las penas privativas de libertad, acortando su duración temporal, se encuentra la institución de la redención de penas por el trabajo, regulada fundamentalmente en el artículo 100 del Código Penal Común, en favor de los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad y para los condenados a penas privativas de libertad a partir de la de arresto mayor, otorgándose un día de reducción de la pena impuesta por cada dos de trabajo, pero aunque pueda considerarse la redención como un derecho subjetivo del interno, su otorgamiento aparece condicionado legalmente a que el posible beneficiario no quebrante o intente quebrantar la condena o no observe reiteradamente mala conducta durante su cumplimiento.

En realidad, tal como se concibe actualmente este beneficio, supone, como observa Landrove Díaz, “una reducción de la duración de la pena privativa de libertad en virtud del trabajo del recluso”, o como afirma Garrido Guzmán se trata de una institución que “sirve para acortar el tiempo

de duración de la condena de aquellos sentenciados que, desempeñando básicamente una actividad laboral en un centro penitenciario, cumplan los requisitos que establece el Código Penal”.

Como precedentes históricos de esta institución se citan, por diversos autores, el Código Penal de 1822, que en su artículo 144, ubicado en el Capítulo IX y bajo la rúbrica “De la rebaja de las penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir su condena”, disponía que por medio del arrepentimiento y la enmienda “el condenado a otra pena corporal o no corporal de un número determinado de años que pase de dos, podrá, después que sufra la mitad de su condena, obtener una rebaja de la cuarta a la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiese impuesto”; la Ordenanza General de los Presidios Civiles del Reino de 14 de Abril de 1834 en la que se dispone que “los presidiarios que contrajeran méritos, que realizaren trabajos extraordinarios o demostraren arrepentimiento verdadero o corrección acreditada, podrán ser propuestos para premiarles con rebaja de tiempo cuando hubieren cumplido sin nota desfavorable la mitad de la condena, no pudiéndoles rebajar más de una tercera parte”. Por último, en el Código Penal de 1928, concretamente en su artículo 174, párrafo 2.º, se establecía que “los condenados a redención o prisión que no se limiten al cumplimiento de sus deberes y a la observancia de la disciplina, sino que se distingán por actos extraordinarios que demuestren su arrepentimiento y firmes propósitos de ser buenos ciudadanos, que hayan aumentado su cultura con propósitos honrados, que hayan realizado trabajos de mérito notorio o que en momentos peligrosos hayan ayudado a la autoridad o a los funcionarios del establecimiento penal o en tales ocasiones hayan realizado actos de abnegación y sacrificio, podrán adelantar la concesión del beneficio de libertad condicional”.

No obstante, la redención de penas, en su actual configuración, se establece por Decreto n.º 281, de 28 de Mayo de 1937 (B.O.E. de 1 de Junio de 1937) que concede “el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes”, con la finalidad de hacer frente al problema penitenciario derivado de nuestra contienda civil, concretamente para solucionar los graves problemas de hacinamiento en los centros penitenciarios y en los campos de concentración.

Según Rodríguez Devesa y Roldán Barbero, entre otros, la fundación u origen del sistema se debe al jesuita P. Pérez del Pulgar y al entonces Director General de Prisiones, Consejero de Estado y General Auditor D. Máximo Cuervo Radigales, si bien Rodríguez Devesa precisa que éste úl-

timo, en el transcurso de una conferencia pronunciada el día 27 de octubre de 1940, de la que se hicieron eco diversos medios informativos, manifestó que “era una creación personal del Caudillo”, aunque Garrido Guzmán afirma que se trata de una falsa idea que tiñó de tintes políticos partidistas para la posteridad la redención de penas para el trabajo.

Sea como fuere, poco más tarde se crea el Patronato Central de Redención de Penas por el Trabajo, mediante Orden Ministerial de 7 de Octubre de 1938. Posteriormente, por Orden Ministerial de 14 de Marzo de 1939 se amplía su concesión a los delincuentes comunes, y por Decreto de 9 de Junio de 1939 se previene que el tiempo redimido, si bien se sustraja del cumplimiento efectivo, pasaba a engrosar el periodo de libertad condicional, incorporándose al Código Penal de 1944, si bien con específicas limitaciones, pues siendo aplicable a todo género de condenados, sólo operaba en relación a penas superiores a dos años de privación de libertad, excluyéndose, en todo caso, a los que hubieran disfrutado del beneficio en condenas anteriores; a los que quebrantaren la sentencia realizando intento de evasión, lograran o no su propósito; a los que no hubieren observado buena conducta durante la reclusión y a los delincuentes en quienes concurren peligrosidad social, a juicio del Tribunal, expresamente consignada en la Sentencia.

Cabe citar, entre la amalgama de disposiciones dictadas al respecto, el Decreto de 8 de Febrero de 1946 y el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948, sustituido por el Reglamento de 2 de Febrero de 1956 que dedica a la redención de penas los artículos 65 a 73, objeto de posteriores modificaciones.

Asimismo, la tendencia a ampliar la institución comentada comenzó con la orden Ministerial de 6 de Febrero de 1956, en cuyo artículo único se estableció que “la redención de penas por el trabajo que regula el artículo 100 del Código Penal y disposiciones vigentes, reduce no solamente las penas principales privativas de libertad, sino también las accesorias correspondientes a que se refieren los artículos 45, 46 y 47 del referido Cuerpo legal”.

Por lo que respecta al artículo 100 del Código Penal de 1944 fue objeto de modificación en la reforma de 1963, de revisión parcial de dicho Texto punitivo, consistiendo la misma, fundamentalmente, en sustituir la mención relativa a las penas de más de dos años de privación de libertad por la específica referencia “a penas de reclusión, presidio y prisión”, por lo que el beneficio se adelantaba a penas privativas de libertad superiores a seis meses.

La reforma Urgente y Parcial del Código Penal operada por Ley Orgánica de 25 de Junio de 1983, dió nueva redacción al precitado artículo 100, y continuando con la ampliación de la Institución la extiende a la pena de arresto mayor y a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

Es de destacar que la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de Septiembre de 1979, ante la que parecía inminente promulgación de un nuevo Código Penal, silencia la institución, si bien el Reglamento Penitenciario de 8 de Mayo de 1981, en su Disposición Transitoria Segunda declara subsistentes, en tanto continúe en vigor el artículo 100 del Código Penal, los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, y es que el beneficio parece condenado a su desaparición ya que tanto el proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, así como el Proyecto de 1992 (B.O.C.G. de 23 de Septiembre de 1992) prescinden de la redención, pues según la Exposición de Motivos de este último, tras destacar su oscuro origen político y su aplicación automática, afirma que, “se trata de una institución caduca, alejada definitivamente de los supuestos objetivos que justificaron su nacimiento, pues la reducción de la pena excesiva puede alcanzarse por caminos jurídicamente más individualizadores”, especificándose, en su Disposición Transitoria Segunda que “Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los enjuiciados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les haga aplicación de las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo”. Idéntica declaración se contiene, aunque su Exposición de Motivos no justifique su desaparición, en el Proyecto de Código Penal de 1994 (B.O.C.G. de 26 de Septiembre de 1994).

Desaparezca o no de nuestro derecho punitivo la redención de penas por el trabajo, aunque todo parece indicar su supresión, lo cierto es que desde los elogios, así Quintano Ripolles afirmaba que “doctrinalmente y desde el punto de vista humanitario la “nueva” disposición era laudable, Garrido Guzmán predicaba que “puede seguir cumpliendo un digno papel de estímulo a los penados, dentro de los beneficios penitenciarios”, e Hijas Palacios se declaraba partidario de ella “por ser una institución humanitaria, porque dignifica la persona del preso por el trabajo, porque le prepara mediante una enseñanza a un aprendizaje y es estímulo para la reinserción social futura, y por acortar notablemente la pena impuesta en sentencia firme”, se ha pasado a una acerba crítica, calificándola de obsoleta institución (Quintero Olivares), carente actualmente de toda justificación

(Manzanares Samaniego) dando lugar, en la práctica, a una ficción permanente y a una aplicación automática que carecen de sentido desde el punto de vista de los fines de la pena (Bueno Arús), no dejando de ser inquietante que, ante la inexistencia de trabajo que ofrecer a los internos, hace que se les conceda igualmente el beneficio a la reducción de penas por el trabajo (Mir Puig), explicitando Muñoz Conde v García Aran, tras considerarla una institución considerablemente trasnochada, las razones para su desaparición, cifrándolas en sus funestos orígenes históricos y de trasfondo ideológico, en el automatismo con que se produce su aplicación, así como en la reducción general de las penas que se observa en los distintos proyectos, con lo que se pretende acercar la gravedad de la pena señalada en el Código a la gravedad con que finalmente resulta aplicada.

Huyendo de cualquier epíteto, ya que las instituciones penales si son buenas lo son cualquiera que sea su origen, lo cierto es que de poco o nada vale que los Jueces y Tribunales analicen pormenorizadamente las circunstancias del hecho enjuiciado y se preocupen de calibrar la extensión de la pena que van a imponer, con la particularidad de que el artículo 35 del Código Penal Militar impone el razonamiento en la sentencia de la individualización penal que se efectúe, si posteriormente, en período de ejecución, concurre toda una "batería" de beneficios penitenciarios, que impide precisar, "ex ante", la verdadera duración de la pena impuesta, lo cual puede inducir a pensar a los operadores jurídicos que las sentencias penales, específicamente concretadas en el momento de su dictado, se tornan relativamente indeterminadas en el período de su ejecución.

En este sentido, resulta esclarecedor y altamente significativo el caso real, relatado por Del Toro Marzal, de un individuo condenado a 23 años, 6 meses y 2 días, que al serle aplicados sucesivos indultos generales vió reducida su condena a ocho años y ochenta y siete días, pero como redimió 674 días por el trabajo, el total cumplido se redujo a 6 años y 143 días ley "y aún salió perjudicado, porque no se le pudo aplicar el beneficio de la libertad condicional, porque no hubo tiempo material para ello".

II. PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL MILITAR

El Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1945, pese a su carácter integral, no contenía ninguna referencia a la redención de penas por el trabajo, por lo que la normativa militar específica se encontraba establecida en el Decreto-Ley de 1 de Febrero de 1952 (B.O.E. n.º 40 de 9 de Fe-

brero de 1952), posteriormente modificado por la Ley n.º 175/1965 de 21 de Diciembre (B.O.E. n.º 306 de 23 de Diciembre de 1965) que otorgó el beneficio a los penados que deban cumplir en establecimientos militares condenas impuestas:

A) Por delitos definidos en el Código de Justicia Militar cuando produzcan salida definitiva en los Ejércitos.

B) Por delitos comunes, incluidos los del artículo 194 del Código de Justicia Militar, cuando sean superiores a seis meses, aunque no produzcan la salida definitiva de los Ejércitos.

El citado Decreto-Ley de 1952 tenía por finalidad, según se matiza en su Preámbulo, el que los condenados por la Jurisdicción Militar no quedasen en inferioridad de condiciones con los reclusos en prisiones comunes, añadiéndose, sin embargo, que “no han de ser susceptibles de redención por el trabajo las penas hasta tres años que se impongan a los militares por delitos del Código de Justicia Militar y que no impliquen la salida de los Ejércitos, toda vez que esas penas tienden directamente al mantenimiento de la disciplina, y deben, en principio, cumplirse con rigor”.

En síntesis, como la salida definitiva de los Ejércitos se producía (artículo 219 del Código de Justicia militar) y se produce (artículo 28 del Código Penal Militar) cuando la pena privativa de libertad sea superior a los tres años, resulta claro, sin perjuicio de lo que más adelante se razonará, que el beneficio de redención de penas sólo podía aplicarse a penas superiores a esos tres años.

La normativa de desarrollo de la institución estaba integrada por el Decreto de 1 de Febrero de 1952 (B.O.E. n.º 40) por el que se crea la Junta Central Militar de Redención de Penas, modificado por Decreto de 19 de Febrero de 1953 (B.O.E. n.º 54) y la Orden de 30 de Agosto de 1952 (B.O.E. n.º 256) por la que se dictaba El Reglamento provisional de la Junta Central militar, modificada, posteriormente, por otra de 16 de Febrero de 1966 (B.O.E. n.º 44 y 51).

Por otra parte, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3331/78 de 22 de Diciembre en su artículo 93 remitía, en cuanto a la regulación de esta institución, a las disposiciones anteriores. Finalmente, el actual Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 1396/1992, de 20 de Noviembre, en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario de 8 de Mayo de 1981, en su Disposición Transitoria Segunda, establece que “En tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo

100 del Código Penal sobre redención de penas por el trabajo, continuará en vigor la normativa militar específica establecida en el Decreto-Ley de 1 de Febrero de 1952, modificado por Ley 175/1965, de 21 de Diciembre y sus normas de desarrollo. En lo no regulado en la anterior normativa y en cuanto no se oponga a lo en ella previsto serán aplicables los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de Febrero de 1956”.

En definitiva, conforme a la normativa expuesta, y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, parecía, *prima facie*, que la redención de penas por el trabajo no podía aplicarse a los militares condenados por delitos militares a penas inferiores a tres años de privación de libertad, las cuales habían de cumplirse íntegramente.

A tal respecto, la Asesoría Jurídica General de Defensa, en dictamen de 2 de Agosto de 1984, confirmó la exclusión del beneficio a tales condenados.

Todo lo cual no fue óbice para que plumas tan autorizadas como la de Blay Villasante advirtiera acerca del carácter desfavorable de esta normativa, propugnando su equiparación con la legislación común y su adaptación a los postulados constitucionales, en razón, fundamentalmente, a que “las Fuerzas Armadas no constituyen un mundo aparte de la sociedad y por ello deberían homogeneizarse, en lo posible, la legislación militar y la común y equiparar los derechos de todos los condenados, militares y paisanos, sin restricciones que ni en la disciplina castrense ni en el servicio tengan un fundamento razonable”.

III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Así las cosas, el entonces titular del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 41 de La Coruña planteó ante el Tribunal Constitucional la supuesta inconstitucionalidad del artículo 1 apartado a. del Decreto-Ley de 1 de Febrero de 1952, en su redacción dada por la Ley 175/1965, en relación con los artículos 14 y 25.2 de la Constitución (B.O.E. n.º 228, recurso n.º 1494/1988), considerando, en síntesis, el órgano judicial proponente, que la referida norma establece una distinción, carente de justificación objetiva y razonable, entre los condenados por delitos militares que lleven aparejada su salida definitiva del Ejército y aquellos otros que cumplan condena que no conlleve dicha consecuencia, así como respecto a los presos preventivos. Es decir, dicha norma, introduce una diferenciación de

trato, no entre presos comunes y presos militares, sino entre éstos últimos, en función de que la condena impuesta sea o no compatible con su permanencia en el Ejército.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en su reseñada sentencia, tras recordar que el principio de igualdad ante la Ley resulta vulnerado cuando la norma introduce una diferenciación de trato que carece de justificación objetiva y razonable, entra a examinar si las exigencias de unidad y disciplina de los Ejércitos justifican esa diferenciación de trato.

En este sentido, tras asentar que la mera invocación del valor disciplina militar no es apto para justificar, sin más, la diferencia de trato en el cómputo de la pena a que se contrae el precepto cuestionado, proclama que “el legislador ha establecido una distinción de carácter objetivo que no es razonable, por injustificada en relación con la naturaleza de la medida y los fines perseguidos con ella”, es decir, “no puede vincularse el goce de un beneficio a la imposición o no de la pena de separación del servicio; haciéndose descansar éste vínculo en el juego contradictorio de un mismo valor, que en un caso no se considera suficientemente afectado y que en otro es elevado a criterio determinante para justificar el endurecimiento del régimen penitenciario”, declarando, por todo ello, que la diferencia de trato a que se contrae la norma cuestionada es contraria al artículo 14 de la Constitución, y, en consecuencia, la nulidad o supresión de la expresión del inciso referente a “cuando produzca salida definitiva de los Ejércitos”.

No obstante, no puede pasarse desapercibido el hecho de que no ha resultado afectado por la resolución transcrita, por no haber planteado su posible inconstitucionalidad, lo dispuesto en el apartado b) del artículo 1 del Decreto-Ley de 1 de Febrero de 1952, en su redacción dada por Ley de 21 de Diciembre de 1961, en cuanto que concede los repetidos beneficios a los condenados por delitos comunes cuando la pena sea superior a seis meses.

Ciertamente, la Jurisdicción Militar, limitada casi exclusivamente al ámbito estrictamente castrense, no conoce prácticamente, en la actualidad, de delitos de naturaleza común, pero la competencia para su conocimiento le puede venir atribuida en virtud de conexidad, o de los supuestos previstos en los apartados 3.º y 4 del artículo 12 de la Ley orgánica 4/87, de 15 de Julio sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, o en supuestos excepcionales a tenor de lo establecido en el citado artículo 12.2 y 13 de la mencionada Ley Orgánica.

En tales casos, el reseñado apartado se encuentra en evidente contradicción con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal que, como

vimos, permite la concesión de los precitados beneficios a penas de arresto mayor e incluso a presos preventivos, lo cual no es obstáculo para que sea de preferente aplicación lo establecido en el Código Penal en atención a los razonamientos que, a continuación, expondremos.

IV. NECESIDAD O INNECESARIEDAD DE SU PLANTEAMIENTO

El vigente Código Penal militar, aprobado por Ley Orgánica 13/85, de 9 de Diciembre, no hace referencia alguna a dicha institución, ni contiene, por tanto, peculiaridad o limitación alguna, en razón a los bienes jurídicamente tutelados, respecto a la misma. No puede olvidarse, que no se trata de un Código integral, sino complementario del Código Penal y que, por ello, su artículo 5 establece taxativamente que las disposiciones del Texto punitivo común son de aplicación a los delitos militares, estableciendo, a continuación, "ad cautelam", la denominada por Rodríguez Villasante, *cláusula de salvaguardia*.

Ello implica, sencillamente, que el artículo 100 del Código Penal Común es de plena aplicación en el ámbito punitivo castrense, y, que en virtud del principio de jerarquía normativa, no puede oponerse, frente a lo establecido en dichos textos legales, lo dispuesto en otras normas de rango inferior.

Claver Valderas, con excelente visión futurista, de manera clara y precisa, puso de manifiesto que la remisión genérica contenida en el artículo 5 del Código Penal Militar al Código Penal, vino a suponer la íntegra aplicabilidad del artículo 100 de este último Cuerpo Legal en el derecho penal militar y la consiguiente derogación tácita del Real-Decreto de 1952 y de la Ley de 1965, concluyendo por afirmar que no existía justificación o fundamento alguno para negar la inaplicación de la redención de penas por el trabajo a los militares condenados a penas de prisión inferiores a los tres años ya que "no existe especialidad alguna en los delitos militares, o, más concretamente, en la ejecución de sus penas de prisión, que demanden un tratamiento excepcional o diferenciado, con respecto al régimen general" por lo que el artículo 100 del Código Penal resulta directamente aplicable en el ámbito militar sin restricción alguna, mientras dure la vigencia de este precepto, puntualizando, que, en cualquier caso, desde la referencia al principio institucional de igualdad ante la ley, dichas excepciones no se acomodan a tal principio, "constituyendo, en consecuencia, una situación discriminatoria, y por tanto, contraria a la Constitución".

Asimismo, el Tribunal Militar Central en su Auto de 25 de Marzo de 1994, resolviendo el recurso de apelación de un penado militar condenado a diez meses de prisión, como autor de sendos delitos de naturaleza militar, con clarividencia y extensa fundamentación, llegó a conclusiones análogas a las expuestas, entendiendo que en virtud del artículo 5 del Código Penal Militar era plenamente vigente con respecto a los delitos militares lo previsto en el artículo 100 del Código Penal, ya que la remisión contenida en el Real Decreto 1396/1992 debía interpretarse como una mera norma remisoría a la normativa militar específica vigente en el momento de su promulgación “pues una norma reglamentaria carece de jerarquía suficiente para modificar preceptos legales, y en consecuencia, para determinar su aplicación o inaplicación a un supuesto determinado regulado por normas legales”.

A mayor abundamiento, la invocación de la denominada “cláusula de salvaguardia” resultaba improsperable “porque basta examinar el Capítulo V del Título III del Libro Primero del Código Penal Militar para apreciar que cuando se ha querido excepcionar la aplicación de un precepto del Código Penal, el Código Castrense lo ha expresado de forma categórica y así lo hace en su artículo 44 en relación con la condena condicional, limitada a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos”.

Finalmente, tras examinar los fines de la pena constitucionalmente previstos en el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna, y tras un amplio examen del principio de igualdad ante la Ley concluye afirmando que “No se puede sostener que la naturaleza de los delitos militares impide la aplicación del artículo 100 del Código Penal a los penados que tengan la condición de miembros de las Fuerzas Armadas, pues tal criterio excluyente carece de racionalidad y proporcionalidad, contradice los fines de la pena constitucionalmente previstos y discrimina a los militares condenados por la jurisdicción militar frente a otros penados que cumplan penas privativas de libertad, incluso en los mismos Establecimientos Penitenciarios militares”.

De todo ello se deduce que no era estrictamente necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en torno al artículo 1.º, apartado a) del Decreto-Ley de 1952, pues el rango de Ley orgánica que tiene el Código Penal Militar implica la derogación de toda normativa anterior que pueda limitar sus concretos preceptos, y, además, las normas preconstitucionales reseñadas pugnaban abiertamente con la Constitución y su falta de derogación expresa no podía servir de pretexto para no aplicar en su total integridad el artículo 100 del Código Penal. La innecesariedad aludida no se refiere pues a la propia resolución del Tribu-

nal Constitucional, que viene a excluir cualquier duda o vacilación al respecto, sino al propio planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

V. OTRA VEZ LA SUSPENSIÓN DE CONDENA

La expresada resolución del Tribunal Constitucional contiene, además, determinados aspectos tangenciales relativos a la suspensión de condena que no pueden pasar desapercibidos.

Concretamente, en su Fundamento Jurídico Quinto, tras declarar que dicho Tribunal ha admitido que los rasgos organizativos del Ejército justifican peculiaridades del régimen penal penitenciario del personal que lo integra, recuerda que en su Sentencia 180/85 consideró no discriminatoria la *inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena*, por entender que ese trato de desfavor se orientaba, de modo manifiesto, a preservar y reforzar mediante exigencias específicas la unidad y disciplina, y que esa finalidad de la norma y la delimitación personal que a la misma se liga no podían considerarse contrarias al artículo 14 de la Constitución.

Ciertamente, esta nueva reafirmación de la inaplicación de los beneficios de suspensión de condena a los penados militares por delitos militares resulta sumamente controvertida y no exenta de críticas.

Actualmente, se encuentra en imprenta un trabajo personal sobre tal materia, (en "Comentarios a las Leyes Procesales Militares") al cual me remito íntegramente, ya que en el mismo se exponen las diversas posturas y críticas que suscita la limitación contenida en el artículo 44 del Código Penal Militar.

No obstante, obsérvese que el militar condenado por delito militar a un año y un día de privación de libertad resulta más "beneficiado" que el condenado a un año de prisión, pues en el primer supuesto, además de los beneficios de redención de penas por el trabajo, de quien también gozará el segundo, puede obtener una importante reducción de condena al aplicársele los beneficios de la libertad condicional previstos en el artículo 98 del Código Penal. Tampoco resulta comprensible que la institución de la *suspensión de condena* resulte vedada para los delitos militares culposos, máxime cuando el propio Código Penal Común, en su artículo 93, no tiene en cuenta la primera condena por imprudencia a los efectos de estimar que el reo haya delinquido por vez primera, tornándose más enojosa la cuestión cuando un similar título de imputación, según que la infracción delictiva esté atribuida a la Jurisdicción Militar o a la ordinaria conlleve la

inaplicación o aplicación de los repetidos beneficios, siendo el ejemplo más elocuente la imprudencia en acto de servicio de armas con resultado de muerte o lesiones (artículo 159 del Código Penal Militar) y la imprudencia con armas fuera del servicio con idénticos resultados (artículos 565 o 586 bis del Código Penal). En cualquier caso, no debería olvidarse que no se trata de una institución de aplicación automática, y, que por ello, de lege ferenda, precisamente por razones de ejemplaridad directamente vinculadas con la disciplina, los Tribunales Militares, motivadamente, podrían denegar su concesión.

BIBLIOGRAFIA

- BUENO ARUS, Francisco: *Aspectos sustantivos y procesales de la redención de penas por el trabajo*. Poder Judicial, n.º 8, 1983, pag. 63.
Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Ed. Instituto Vasco de Criminología. 1989.
- BLAY VILLSANTE, Francisco: *Privilegios y limitaciones en las leyes sancionadoras militares*. REDEM, n.º 55. Tomo I. pag. 35 y siguientes.
- CLAVER VALDERAS, José Manuel: *Aplicabilidad de la redención de penas por el trabajo a los internos en Establecimientos Penitenciarios Militares*. Derecho Penal y Procesal Militar. C.G.P.J. 1993, págs. 759 a 771.
- CODIGOS PENALES ESPAÑOLES: Obra presentada por Jacobo Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos y Lourdes Ruiz de Gordejuela López. Madrid, Akal, 1988.
- DEL TORO MARZAL, Alejandro: *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Nota 25, obrante a la pág. 556. Obra conjunta con Juan Córdoba Roda, Gonzalo Rodríguez Mourullo y José Ramón Casabó Ruiz. Madrid. Ariel, 1972.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis: *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Ed. Edersa 1983, pág. 353 y sig.
La reforma urgente y parcial del Código Penal y la redención de penas por el Trabajo. Cuadernos de Política Criminal n.º 21, 1983, pág. 671.
- HIJAS PALACIOS, José: *Reflexiones jurisprudenciales sobre el Código Penal*. Actualidad Editoria, 1990, págs. 763 y 764.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los artículos 65 a 73 del Reglamento de Servicios de Prisiones*. A.D.P. Tomo XLIII, Fascículo III, 1990, pag. 779.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delitos*. Barcelona, Bosch, 1980. pág. 77.
- MANZANARES SAMANIEGO, Luis: *Redención de penas por el trabajo. Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo V, Volumen I. Madrid, Edersa, 1985.

- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, P.P.U. 1990, pag. 844.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte General*. Obra conjunta con Mercedes García Arán. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- PÉREZ ESTEBAN, Fernando: *El derecho penitenciario militar*, en *Derecho Penal y Procesal Militar*. Madrid, C.G.P.J , 1993, pag. 327 y sig.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal español. Parte General*. Madrid, Dykinson, 1993, págs. 969 y sig.
- ROLDAN BARBERO, Horacio: *Historia de la prisión en España*. Barcelona, P.P.U, 1988, pag. 186 y sig.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: *El principio de especialidad*, en comentarios al Código Penal Militar. Madrid, Civitas , 1988, pág. 101 y sig.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 423.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 1989. págs. 664 y 665.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE OCTUBRE DE 1994.

José Manuel Blanque Avilés
Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo

La sentencia que antecede vino a ser un argumento más, acaso el principal, de la demanda formulada en el recurso contencioso-administrativo 7522/92 interpuesto contra el Real Decreto 395/1992, de nombramiento del Asesor Jurídico General de la Defensa, de ahí que en el escrito de contestación resultara obligado su análisis, siquiera breve, en los términos que seguidamente se exponen.

El Abogado del Estado que suscribe, para quien —decíamos— es un honor tener encomendada la representación y defensa del Estado ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, ha de dejar constancia de su respetuosa, pero, también, absoluta, discrepancia con la sentencia recaída en el recurso 1385/93.

Discrepancia en cuanto a los fundamentos por los que viene a otorgarse el amparo —esto es, se reconoce el derecho del actor a la libertad de expresión—, y discrepancia, mayor si cabe, en cuanto a sus consecuencias en el seno de las Fuerzas Armadas.

a) *En cuanto a sus Fundamentos*, son éstos, básicamente, los siguientes: ser las expresiones consideradas irrespetuosas “*manifestación del derecho a la defensa*” en cuanto contenidas en un recurso de reposición previo al contencioso-administrativo; no ser las mismas “*ajenas a un razonamiento estrictamente jurídico*”; ser el autor del recurso “*funcionario de carrera*” y hallarse el recurso relacionado con sus “*expectativas profesionales*”; no ser el Gobierno “*autoridad militar*” y dirigirse la crítica, no a éste, sino al acto impugnado.

Al respecto, nos limitaremos a señalar:

a)' Que, resulta harto discutible que pueda tenerse por "*manifestación del derecho a la defensa*" lo que, en puridad, no fue sino "*el vehículo de un ataque*": frente a nada reaccionaba, de nada se defendía el hoy recurrente en su escrito de 19 de mayo de 1992, *lo que hacía era impugnar (es decir, atacar) el Real Decreto 395/92.*

b)' Que, la tesis que antecede sólo puede justificarse a la luz de una concepción de la reposición arrumbada por la jurisprudencia y la doctrina: aquélla, sustentada ha más de veinte años, que le negaba sustantividad propia —de recurso administrativo— frente al recurso contencioso-administrativo.

c)' Que, aun si fueren manifestación del derecho a la defensa, nada impide calificar las expresiones utilizadas de irrespetuosas y considerarlas, por tanto, constitutivas de una falta leve del art. 8.28 de la Ley Disciplinaria Militar. Lo advera, de modo incuestionable, el art. 449 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permite corregir disciplinariamente a Abogados y Procuradores cuando en su actuación forense (es decir, en lo que constituye la quintaesencia del derecho a la defensa) faltaren al "*respeto debido*" a los Jueces, Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier otra persona que intervenga o se relacione con el proceso. Precepto que, obviamente, es de aplicación a los Abogados y Procuradores *de ambas partes*, no tan sólo a los del actor, sino también a los del que, en puridad, "*se defiende*", esto es, los del demandado o recurrido.

d)' Que, la cuestión no estriba en que las reiteradas expresiones sean o no ajenas a un razonamiento jurídico (aunque, como atinadamente pone de relieve el Fundamento de Derecho Tercero de la *sentencia de la Sala de lo Militar 12/1993*, de 29 de marzo, deba concluirse en que "*nada aportan, ni son argumentos útiles para defender una determinada tesis jurídica*"), sino en si evidencian o no falta de comedimiento y buenos modos, es decir, la falta leve de respeto objeto de sanción (extremo éste sobre el que hemos de remitirnos de nuevo a la más que atinada sentencia dictada por la Sala de lo Militar).

e)' Que el autor del recurso de reposición es un *militar* y el recurso, además, dista muy mucho de hallarse relacionado con sus expectativas profesionales.

Dicho sea siempre con el respeto debido, este segundo pronunciamiento es, acaso incongruente —por exceso en la concesión—, pero, en todo caso, absolutamente improcedente ya que la decisión acerca de si los recursos (tanto el previo de reposición como este contencioso-

administrativo) versan o no sobre materia de personal es de la sola y exclusiva competencia de la Sala a la que tenemos el honor de dirigimos. Y lo es, desde luego, no porque así lo crea o sospeche el Abogado del Estado que suscribe, sino porque -recordamos- en su *Auto 195 de 28 de marzo de 1984, el propio Tribunal Constitucional* ya declaró que: “*si una cuestión es o no «de personal» a los efectos de excluir o permitir el recurso de apelación contra la sentencia que haya conocido de la misma (art. 94,1.a) de la Ley de la Jurisdicción) es una cuestión de legalidad ordinaria que compete decidir a los Tribunales ordinarios...*”.

Por lo que hace al primero de los extremos, únicamente resaltar que, frente a la determinación legal de la personalidad jurídica única de la Administración, sorprende que a una persona física le puedan ser y, de hecho, le sean reconocidas varias e, incluso, contrapuestas personalidades. Por lo demás, es obvio que ha de estarse a y partirse de un hecho incuestionable: el autor del recurso de reposición era *militar* y, en cuanto tal, se hallaba ineludiblemente sometido a las Reales Ordenanzas y a la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Sin que, por absurdo, pueda entenderse que se pierde o “*queda en suspenso*” la condición de militar y, en consecuencia, se excepciona la sujeción a un régimen jurídico específico con ocasión de la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos.

f) Disociar el órgano del acto, a los efectos de circunscribir la crítica a este último constituye, dicho sea siempre y de nuevo con el respeto debido, un artificio particularmente endeble: aunque la crítica se dirija contra el acto, por su misma falta de comedimiento y malos modos es una crítica irrespetuosa al órgano que ha adoptado aquél, en el caso de autos, el Consejo de Ministros.

En cuanto a que el Gobierno no sea “*autoridad militar*”, junto al obligado recordatorio del *art. 97 de la Constitución*, es suficiente con recoger aquí la *sentencia del propio Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 371/1993, de 16 de diciembre*, en cuyo *Fundamento Jurídico 5* se declara que:

“A la luz de lo expuesto, no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares. Por tanto, y aun partiendo siempre del reconocimiento de la libertad de expresión por el art. 20.1 CE, debe aceptarse la legitimidad y corrección del apartado 28 del art. 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuando califica co-

mo falta leve «emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos» contra —entre otros— determinados órganos constitucionales —incluido el “Gobierno”— y autoridades civiles y militares. La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de los no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones «levemente irrespetuosas», en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares.»

b) *En cuanto a sus consecuencias*, ha de lamentarse que, en la sentencia de 27 de octubre pasado, el Tribunal Constitucional se haya apartado de la recta y acabada doctrina sentada en su *sentencia 371/93*, atendido que el respeto de un militar al Gobierno de la Nación ni puede dejar de ser un respeto “*debido*”, ni tampoco dejar de constituir un límite “*legítimo*” a la libertad de expresión de los militares que se justifica por la específica configuración de las Fuerzas Armadas y que es garantía de la *disciplina, principio o valor supremo, esencial, en cuanto es lo que diferencia un Ejército de una partida.*

Y ha de lamentarse porque la generalización de la excusa de que se trata tan sólo de “*expresiones duras*”, al modo en que las califica el párrafo penúltimo de la sentencia que se comenta, y la subsiguiente demanda de aplicación de su doctrina, por imperio del principio de igualdad, conllevan el riesgo manifiesto de convertir en letra muerta un precepto legal vigente, de constitucionalidad incuestionada, el *art. 8.28 de la Ley Orgánica Disciplinaria Militar* y, con ello, el de transmutar un respeto que la Ley define como “*debido*”, esto es, que configura como un deber exigible a los militares, en voluntario o potestativo, lo que es tanto como decir ilusorio o, más correctamente, irreal.

De este modo concluía nuestro análisis de la sentencia recaída en el

recurso de amparo 1385/1993, no obstante, se hace hoy preciso constatar que acaso erramos al no señalar como posible causa de conflictos no deseables aquel reconocimiento de una multiplicidad de *personalidades*: en el caso resuelto por la sentencia de 27 de octubre de 1994, las de militar y funcionario-recurrente; en algún que otro escrito de reciente formulación, las de militar y socio de un casino militar y socio de un club deportivo y ocupante de una vivienda y huésped de una residencia... Enumeración, acumulativa o en cascada, susceptible de ampliarse hasta el absurdo, de suerte que “*militar*” venga a ser una especie de condición accesoria o accidental que se ostenta los días hábiles, por ende, tan sólo durante la jornada laboral y, aún, dentro de ésta, exclusivamente durante el tiempo de desempeño efectivo del puesto de destino.

EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA MODIFICACION DE LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES.

Manuel Antonio Martín Vicente.
Capitán Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO.—III. CONTENIDO DEL PRINCIPIO ACUSATORIO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.—IV. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL.—V. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL ART. 793.7 AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR DELITO. PROBLEMA ESPECIAL QUE SE PLANTEA EN RELACIÓN AL PROCESO PENAL MILITAR.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es una cuestión que llama la atención que temas aparentemente resueltos en la doctrina e incluso en la jurisprudencia, no dejen de resultar polémicos en el ejercicio profesional visto el elevado número de recursos que se plantean atendiendo a estas cuestiones; uno de estos temas es precisamente el principio acusatorio y dentro del mismo la posible vulneración que puede producirse al modificar las conclusiones provisionales: por ello y con un afán clarificador mas que innovador, me atrevo a escribir estas líneas.

A tales efectos voy a realizar primeramente una aproximación a qué debemos entender por principio acusatorio, saltándome la clásica y reiterativa exposición, a mi juicio sobradamente conocida, de la formación histórica y las características de los sistemas inquisitivos y acusatorios, advirtiendo desde el primer momento que la posición jurisprudencial en este campo es un ejemplo de confusión entre principios no siempre perfectamente diferenciados y que tan sólo sirve para crear oscuridad donde puede reinar la luz con un mínimo esfuerzo clarificador. Debido a esto es

posible advertir una divergencia cada vez mayor con la doctrina que ha tratado y trata este tema.

II. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Plantea este problema Andrés de la Oliva (1) al señalar que más que hablarse de principio acusatorio o principio inquisitivo para explicar la configuración de los distintos procesos, debiéramos hablar de formas que rigen en el proceso penal, y ello porque con este término de "principio" se recogen una serie de criterios o reglas procesales heterogéneas, y que vienen referidas tanto a la esencia como a la conformación externa del propio proceso, lo que choca con la definición del término principio tal y como se define por la Real Academia Española, a saber, "Causa primitiva o primera de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo." o "Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta."

Precisamente este carácter multicomprendivo y poco claro de lo que habitualmente se denomina "principio acusatorio" lleva al autor citado a criticar el hecho de que por parte de la doctrina y de la jurisprudencia se tome el mismo como piedra angular para la resolución de diversos problemas. El término "principio acusatorio" debe reservarse para este autor a aquella norma esencial del proceso penal según la cual se requiere una acusación para que se abra el juicio oral y para que pueda recaer una sentencia de condena.

No es esta la opinión de otros autores, y así Vicente Gimeno Sendra (2), señala que el principio acusatorio rige en el proceso penal cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomiendan a dos distintos órganos jurisdiccionales, prohibiéndose al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora, quien, mediante la deducción de la pretensión penal vinculará la actividad decisoria del tribunal, vedándose también al órgano de la segunda instancia la posibilidad de gravar más al recurrente de lo que ya lo estaba en la primera.

Lo cierto es que esta afirmación de Gimeno Sendra incluye dentro de ese principio acusatorio toda una serie de elementos que efectivamente

(1) ANDRÉS DE LA OLIVA. «Derecho Procesal Penal». Obra colectiva. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993. Pág.37.

(2) GIMENO SENDRA. «Derecho Procesal. Proceso Penal». Valencia, Tirant lo Blanch 1993. Pág.58.

tienen mal encaje en la definición dada del término principio; por ello *nosotros preferimos en estos casos hablar de sistema acusatorio*, entendiendo el término sistema como “Conjunto de reglas enlazadas entre si” y ello porque dentro del mismo encontraremos tanto verdaderos principios como reglas cuya desaparición no significaría que un proceso penal no pudiera incluirse dentro del sistema acusatorio. Así, que el órgano decisor no deba intervenir en la investigación de los procedimientos no significa que necesariamente otro órgano jurisdiccional deba entender de la fase preliminar de instrucción, sino que esta pudiera perfectamente encomendarse al Ministerio Fiscal, sin merma ninguna del carácter acusatorio del sistema, sino al contrario.

Esta terminología está también recogida en la exposición de motivos de la L.E.Cr. que señala que “El carácter individualista del derecho se ostenta en el SISTEMA ACUSATORIO”, en el cual se encarna el respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de la conciencia, mientras que en el procedimiento de oficio e inquisitivo representa el principio social y se encamina preferentemente a la restauración del orden jurídico perturbado por el delito”, y en la jurisprudencia que habla de “los principios del sistema acusatorio” (3) o de forma mas completa cuando señala que “el ordenamiento constitucional ha robustecido y vigorizado el sistema acusatorio formal de enjuiciar que rige en la fase plenaria del proceso criminal español” (4) aunque hay que advertir que la terminología empleada por la jurisprudencia resulta completamente equívoca y falta de precisión en la mayoría de las ocasiones, hablando de “principio acusatorio” para referirse a múltiples ideas y sin que la expresión sistema acusatorio haya sido acogida por igual en toda la jurisprudencia.

Asencio Mellado (5) señala que la doctrina suele coincidir en asignar al modelo acusatorio formal o mixto las siguientes notas;

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez.
- b) La división del proceso en dos fases; las tareas propias de cada una han de ser conferidas a órganos diferentes.
- c) Relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes.

(3) Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1988.

(4) Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988.

(5) ASENCIO MELLADO. «Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal», pág 17. Ed. Trivium, S.A. 1991.

Para Vicente Gimeno Sendra “el binomio acusatorio inquisitivo tienen la virtualidad de indicarnos mediante qué distribución de roles y bajo que condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto del proceso penal.

En el momento actual puede afirmarse que rige en un determinado proceso penal cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomiendan a dos distintos órganos jurisdiccionales, prohibiéndose al órgano decisor realizar las funciones de parte acusadora, quién, mediante la deducción de la pretensión penal vinculará la actividad decisora del tribunal, vedándose también al órgano de la segunda instancia la posibilidad de gravar más al recurrente de lo que ya lo estaba en la primera.”

Lo cierto, es que a nuestro juicio para enmarcar cuál sea el núcleo básico del sistema acusatorio, debemos incluir aquellas notas que por si solas sean bastantes de encontrarse recogidas en un proceso penal como para incluirlo dentro del mismo, es decir, considerando como tal aquella norma del proceso penal que exige que exista una acusación para que se abra el juicio oral y pueda dictarse una sentencia, siendo necesario que dicha acusación sea mantenida por un órgano distinto de aquel encargado de juzgar, que quedará vinculado relativamente por la acusación formulada y de la que deberá quedar informado en todos sus extremos el acusado.

En nuestro concepto no incluimos la necesidad de que la instrucción sea llevada por otro órgano jurisdiccional, ni el requisito de la prohibición de la *reformatio in peius* y ello porque dicha instrucción puede ser llevada a cabo por el Ministerio Fiscal sin que dicho principio sufra y porque, como veremos, tal prohibición podemos extraerla de la vinculación del tribunal a los límites fijados por el propio recurso.

Ahora bien, el objeto de este trabajo no es el estudio del sistema acusatorio formal, entendido como ya hemos señalado, como ese conjunto de reglas históricamente decantadas que permiten la inclusión de un proceso criminal dentro del mismo, sino el principio acusatorio como tal, es decir, la norma o normas básicas que deben entenderse bajo dicha denominación; o lo que es lo mismo, cuándo para la resolución de un problema concreto habremos de acudir al “principio acusatorio” y cuándo realmente debemos atender a otro de los principios del proceso.

Por ello y si lo que realmente pretendemos es fijar un principio que podamos utilizar como piedra angular del sistema habremos de volver a la idea básica del *ne procedat iudex ex officio* que en su esencia exige que los titulares del órgano jurisdiccional queden situados en una posición de imparcialidad, y que podemos incluir dentro del derecho a un proceso

con todas las garantías, siendo necesario diferenciarlo del derecho a la información y del principio de contradicción implícito en la prohibición de indefensión y que se recogen en el art.24 de la Constitución, sin que el principio acusatorio si no se conjuga con los dos anteriores asegure por sí la satisfacción del derecho de defensa, no siendo por tanto correcto desde el punto de vista estrictamente técnico incluirlos dentro del mismo. Asimismo es necesario distinguir el principio acusatorio del principio dispositivo; mientras que el primero impide que se abra el juicio sin previa acusación pero una vez abierto el juzgador puede decidir sobre el objeto de la acusación haya o no petición de la parte , el segundo hace a la parte dueña de la acción ejercitada, de tal manera, que si retira la demanda no puede haber juicio ni condena.

¿Por qué entonces se recurre tanto al principio acusatorio para resolver problemas que aparecen directamente relacionados con los principios procesales recogidos en la Constitución? Probablemente hay un mucho de comodidad al ser un concepto muy amplio y de perfiles no definidos, pero sobre todo se trata de que todas aquellas exigencias tradicionalmente unidas al principio acusatorio emanan un cierto “espíritu” que sirve claramente de guía para la interpretación de unos juristas formados en él. Sin embargo, y dado que el significado y alcance que se atribuye al principio acusatorio se recoge hoy dentro de los derechos fundamentales de carácter procesal que establece nuestra Constitución, en orden a una mayor corrección técnica y a la evitación de equívocos sería conveniente referirnos directamente al derecho concreto y no a un principio acusatorio cuyo significado y alcance no se reconocen iguales en todos los casos.

III. CONTENIDO DEL PRINCIPIO ACUSATORIO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Como hemos visto, qué debemos entender por principio acusatorio no resulta fácil de determinar, y no encontramos en la jurisprudencia definiciones propiamente dichas del mismo, sino que sin entrar verdaderamente a deslindarlo como tal principio, se reúnen varios de los derechos recogidos en el art. 24, realizando una construcción a mi juicio arbitraria y que realmente no se deriva de las exigencias de tal principio.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo si se han manifestado con reiterada frecuencia acerca de cuáles son sus efectos y donde debe situarse en el marco constitucional:

«el principio acusatorio ha de ser entendido actualmente de acuerdo con los principios y mandatos constitucionales, formando parte del derecho de defensa y de la prescripción de toda indefensión» (6).

Así, el Tribunal Supremo (7) señala que “El principio acusatorio supone, en íntima relación con la exigencia constitucional de defensa y de proscripción paralela de toda indefensión:

1) Que nadie puede ser condenado sin darle la oportunidad eficaz de defenderse.

2) Que para ello ha de conocer de manera completa la acusación que contra él se formule.

Vemos por tanto, que para el Tribunal Supremo el “principio” acusatorio tiene una amplitud que le permite abarcar muchos otros principios, de tal manera que es evidente que no hablamos propiamente de un principio sino de un conjunto de ellos que tradicionalmente han recibido tal denominación, pero sin que su alcance estricto esté perfectamente delimitado.

Más concretamente, por el TS se señalan (8) como efectos del reforzamiento constitucional del principio acusatorio los siguientes:

a) Las Audiencias no pueden penar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación.

b) No pueden castigar infracciones que no han sido objeto de acusación.

c) Tampoco pueden penar un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, aunque la pena de uno y otro delito sean iguales, o incluso, la correspondiente al delito innovado sea inferior a la del delito que ha sido objeto de acusación, a menos que reine entre ellos una patente y acusada homogeneidad.

d) Las Audiencias no pueden apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados que no han sido invocados por la acusación.

e) En algunos de los supuestos expuestos, se puede orillar el obstáculo acudiendo al planteamiento de la tesis en la forma establecida en el artículo 733 de la LECr.

(6) ST. TS de 26 de diciembre de 1991.

(7) ST. TS de 11 de diciembre de 1989.

(8) ST. TS de 28 de septiembre y 13 de octubre de 1989.

IV. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL

Señala Andrés de la Oliva (9) como una de las características que presenta el objeto penal su progresiva delimitación, de tal manera que va adquiriendo mas claros perfiles según avanza el proceso, delimitación que ha de armonizarse con la exigencia de una sustancial inmutabilidad, de tal manera que a la fase de juicio oral no han de llegar otros hechos que los que resulten del sumario y por otro lado, las personas acusadas en esta fase han de ser las procesadas o imputadas antes del juicio oral, dado que tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990 de 15 de noviembre queda claro que en todo procedimiento, aunque no esté así expresamente reseñado en la ley, ha de realizarse un acto de imputación formal, de tal manera que algún autor (10) estima que el Tribunal Constitucional ha producido un acto de interpretación creativa dando lugar a un “auto de imputación formal” que coincide esencialmente con el auto de procesamiento y siendo ello aplicable tanto al denominado “procedimiento abreviado” como a las diligencias preparatorias de la jurisdicción militar (11).

El problema se plantea fundamentalmente en lo que se refiere a:

a) La importancia que en la delimitación del objeto procesal debe tener el auto de procesamiento o incluso ese acto formal de imputación al que nos hemos referido antes.

A este respecto parece claro que dicho auto tiene un carácter de imputación provisoria, que da lugar a un cambio en la situación procesal del encausado, pero que en ningún caso puede entenderse que delimite el objeto del proceso o constituya lo que la jurisprudencia denomina acta de acusación; así, se dice que el auto de procesamiento no es asimilable al acta de acusación, dado que ello atentaría al principio acusatorio formal que rige en nuestro ordenamiento jurídico. El relato de hechos y la subsunción de dichos hechos realizada en el mismo no vincula en absoluto a las partes acusadoras [...] El auto de procesamiento, como medida cautelar pues, no fija definitivamente el thema decidendi, sino que éste queda delimitado en el acta de acusación tanto del Ministerio Fiscal como de las acusaciones particulares, pues es entonces cuando realmente se ejercita la

(9) ANDRÉS DE LA OLIVA. «Derecho Procesal Penal». Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, Pág. 190 y ss.

(10) «El procesamiento o imputación formal en la reforma procesal de 1988». Fairen.

(11) «El auto de inculpación en las diligencias preparatorias». *Derecho Penal y Procesal Militar*, CGPJ, 1993.

acción penal contra el imputado, quien conocedor de la acusación, puede replicar a la misma en todos sus extremos y preparar su defensa sin sorpresa alguna, quedando indemne el principio de no indefensión (12).

Es evidente que el auto de procesamiento no supone el ejercicio de la acusación penal y por lo tanto la calificación que contienen no es exhaustiva ni precluyente (13).

[...]El auto de procesamiento, dentro de las actuaciones enderezadas a preparar el juicio oral, es una simple declaración formal de inculpación, que abre paso a medidas cautelares, personales y reales, sin que la calificación jurídica en él realizada vincule a las partes al formular sus actas de acusación y al Tribunal sentenciador en la sentencia, salvando, por supuesto, las identidades del hecho y del inculpado (14).

Aunque las calificaciones de las partes, en tanto se muevan en el área de supuestos fácticos tenidos en cuenta al dictarse aquel Auto (el de procesamiento), no tiene que bordear ni coincidir con las apreciaciones jurídicas realizadas provisionalmente por el juez de instrucción (15).

En esta misma línea se mantiene la más reciente jurisprudencia (16), sin embargo, no está toda la doctrina conforme con este punto de vista y así Vázquez Sotelo (17) critica que la fijación del hecho justiciable se realice por las partes en un juicio ya abierto sin que su objeto haya sido determinado en ningún trámite anterior, teniendo en cuenta además que el Tribunal no está obligado a una especial vigilancia del contenido fáctico de los escritos de calificación provisional salvo en lo que se refiere a la admisión de los medios de prueba propuestos, rechazando la desvalorización que la jurisprudencia ha hecho del auto de procesamiento como trámite destinado a definir el hecho.

b) El momento en que debe quedar definitivamente fijado el objeto del proceso a efectos de la vinculación que sobre el contenido de la sentencia vaya a tener, bien se fije en las conclusiones provisionales, bien en las definitivas.

(12) ST. TS de 17 de abril de 1991.

(13) Auto TS de 16 de enero de 1991.

(14) ST. TS. 24 enero de 1989.

(15) ST. TS. de 11 de septiembre de 1990.

(16) En esta misma línea están las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992 y 20 de marzo de 1993, así como los autos del T.Constitucional 342/82, 146/83 y 340/85.

(17) VÁZQUEZ SOTELO. «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal». *Revista Jurídica de Cataluña* nº 2 1984. Páginas 124 y 125.

Con respecto a las conclusiones provisionales estas tienen la finalidad de centrar el debate en que consiste el juicio oral, fijando el objeto del proceso en sus elementos esenciales, puesto que los hechos que se recogerán en la sentencia no podrán ser otros que aquellos que se derivan del sumario y que han sido determinados provisionalmente en las calificaciones que constituyen la verdadera acta de acusación, cuyo conocimiento es indispensable para una eficiente defensa, siendo el acto constitutivo de forma expresa y suficiente de la relación jurídico procesal en cuanto precisa los puntos de controversia que han de ser objeto del mismo (18).

El artículo 650 de la LECr. señala los requisitos necesarios de dichas conclusiones, a saber: los hechos punibles que resulten del sumario, la calificación legal de los mismos, la participación del o de los procesados, las circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de la responsabilidad criminal y la pena que pudiera corresponder en atención al delito calificado. Por tanto el problema surge a la hora de considerar si estos requisitos son inmodificables o si por el contrario ninguno de ellos reúne tal característica.

V. LA MODIFICACION DE LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

Se trata, pues, de determinar qué modificaciones de las conclusiones provisionales son admisibles en las definitivas y en que afectan dichos cambios al principio acusatorio.

La jurisprudencia viene señalando reiteradamente que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, de manera que la congruencia entre la acusación y la sentencia ha de venir referida a éste último escrito, o como expresamente señala la sentencia de 6 de febrero de 1990 “en el proceso penal, las pretensiones que han de ser tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador, al tiempo de dictar sentencia, son las formuladas en el trámite de calificación definitiva” (19).

Se añade que la fijación de la acusación en el escrito de conclusiones provisionales privaría, por un lado, de sentido al art.732 de la LECr, y por otro haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (20).

(18) ST. TS. de 19 de diciembre de 1986.

(19) En el mismo sentido las sentencias de 7 de septiembre de 1989 y de 30 de junio de 1992 entre otras muchas.

(20) ST.TC de 19 de febrero de 1987, 16 de mayo de 1989 y 30 de diciembre de 1992 entre otras.

Tradicionalmente tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido que el principio acusatorio impedía que se traspasaran los límites de la acción acotada en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden y por las personas a quienes se le imputan, pero no que se calificaran adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art.732 LECr., en el que manteniéndose a ultranza la identidad esencial del hecho objeto de acusación, que es intocable, se pueden variar sin infringir la ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, el tipo de delito cometido y el grado de ejecución, pues ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fueran las provisionales las que acotarían los términos del debate (21).

De todo ello se deduce que si nos fijamos en los diversos puntos que indica el artículo 650 y a los que hemos hecho referencia ni los hechos recogidos en las conclusiones provisionales (que no pueden ser otros que aquellos que resulten del sumario), al menos en su esencialidad, ni los sujetos pueden variar, porque como hemos visto, no cabe la inculpación sorpresiva, sino que aquellas personas que son acusadas en el juicio oral han debido ser formalmente imputadas o procesadas, dependiendo de que tipo de actuaciones se trate, con anterioridad. Pero ¿Que pasa con los demás elementos señalados? ¿Pueden ser alterados a voluntad?

Si seguimos la línea jurisprudencial apuntada, no habría mayor problema, bastando con mantener los elementos indicados como delimitadores de la llamada acción penal, pero es evidente que no es éste el camino que en la actualidad siguen la jurisprudencia o la doctrina, especialmente tras la reforma de la LECR. que se realizó por la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre mediante la que se introdujo el proceso penal abreviado, y concretamente su artículo 793.7 que establece la obligatoriedad, a petición de la defensa de suspender el juicio oral cuando la acusación cambie la tipificación de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o de circunstancias de agravación de la pena a fin de que la defensa pueda practicar una nueva prueba frente a tales nuevas calificaciones.

Este cambio de orientación realmente no viene impuesto por la vigencia del principio acusatorio que quedaría salvado si se mantienen inalterados los dos elementos señalados anteriormente, esto es, los hechos y los sujetos a quienes se les atribuyen, (porque como hemos visto dicho prin-

(21) ST. TS. de 7 de junio de 1985.

cipio sólo exige la imparcialidad del órgano judicial), sino que trae su origen en un recto entendimiento del principio de defensa; como señala muy expresivamente Ruiz Vadillo (22) el imputado sólo se defiende de lo que se le acusa; ningún defensor se dedica a demostrar que su cliente no fue autor de un delito cuando el fiscal tan sólo le acusa de encubridor.

Con este artículo se recoge una tesis ya mantenida por Gómez Orbaneja (23) que señala que *los cambios en la calificación jurídica* se contemplan en nuestra ley como cambios de elementos del hecho mismo y no de mera apreciación jurídica sobre un hecho que permanece invariable.

Para Verger Grau (24) el carácter integrador del objeto del proceso que tienen *las agravantes* no ofrece duda alguna, considerándose hechos físicos o psíquicos a los efectos del correlativo derecho de defensa y prueba. Es evidente que tampoco es igual *el hecho que realiza el autor* que el que corresponde al cómplice y al encubridor, y que tampoco lo es la tentativa que la consumación.

Asencio Mellado (25) entiende con respecto a la suspensión establecida en el art.793.7 que se trataría de un nuevo trámite de alegaciones y prueba, bien por el cambio operado en la calificación jurídica, bien por causa de la apreciación de nuevas circunstancias. Advierte sin embargo, y dada la posibilidad de producir retardos maliciosos, que esta posibilidad de suspender la vista ha de entenderse referida tan sólo a aquellos supuestos en los que se produzca verdadera indefensión; es decir siempre que el nuevo delito imputado no sea homogéneo con el anteriormente indicado en las calificaciones provisionales.

Posibilidad de aplicar la suspensión regulada, en el art.793.7 al procedimiento ordinario por delito.

El problema surge a la hora de determinar si es posible la aplicación al procedimiento ordinario de la suspensión establecida en este artículo,

(22) Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal. RUIZ VADILLO. *Revista la Ley* nº 1826 de 23 de octubre de 1987. Pág. 887.

(23) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. T II, pág.290 y 291. Barcelona 1951.

(24) VERGER GRAU. «La defensa del imputado y el principio acusatorio». Páginas 152 y 153. J.M. Bosch Editor, 1994.

(25) ASENCIO MELLADO. *Op.Cit.* Pág.106.

y a este respecto la jurisprudencia viene señalando su aplicabilidad, puesto que “el art.793.7 tiene vocación de generalidad porque responde al principio constitucional de *proscripción de toda indefensión*” (26), añadiendo además que es deber de la defensa solicitar tal suspensión, pues de otro modo el Tribunal vendría a suplantar a la misma, significando una desconfianza inadmisibles en las capacidades del letrado defensor.

Con ello viene a recogerse una aspiración de la doctrina, que venía reclamando para el proceso ordinario la introducción de un precepto similar al ya existente para el procedimiento abreviado, o incluso señalando la necesidad de la aplicación de este artículo al *procedimiento ordinario* (27). Otra parte de la doctrina para salvar la falta de un precepto similar dentro del procedimiento ordinario (28) recurre al art. 746.6 de la LECr para que este realice las funciones del art.793.7 del procedimiento abreviado, es decir, suspender el juicio, permitir la aportación de nuevas pruebas y la modificación de las conclusiones definitivas. Entiende esta doctrina que dentro la “alteración sustancial” requerida por el art.746.6 cabría el cambio en la calificación. Dentro de la LOPM el art. 297.8 viene a establecer una norma similar a la del art.746.6 respecto a la cual cabría realizar las mismas consideraciones.

Lo cierto es que a mi juicio no existe obstáculo alguno para la aplicación de este art. 793.7 al procedimiento ordinario, no sólo porque como señala la jurisprudencia y algunos autores, su base está en el mejor respeto del principio constitucional de no indefensión sino también porque a mi juicio el procedimiento abreviado no es propiamente un procedimiento especial, y no porque como ha hecho notar algún autor se haya convertido en el *verdadero proceso ordinario* atendiendo a criterios meramente cuantitativos, sino porque no se trata realmente de un proceso especial para determinados delitos, sino que su aplicación viene dada tan sólo atendiendo a una de las consecuencias del mismo: la posible pena a imponer; hay que tener también en cuenta que lo relativamente reciente de la regulación en él contenida ha de hacernos presuponer una mayor concordancia con las exigencias constitucionales, porque no olvidemos que la regulación constitucional en este tema es tan concreta que Ramos Méndez entiende

(26) TS. S. de 9 de septiembre de 1991 y de 27 de abril de 1993.

(27) ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA. «La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio». Ed. Comares, 1994. Pág. 35.

(28) VERGER GRAU. *Op.Cit.* Pág.159.

que podría crearse el proceso penal con sólo la Constitución en la mano (29). Además con ello se evita forzar la interpretación del art. 746.6.

Problema especial se plantea en relación al proceso penal militar.

Dentro de la Ley Orgánica Procesal Militar no existe una norma similar, pero en la Disposición Adicional Primera de la LOPM se establece que “La LECR y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente ley”.

El art.313 de la mencionada ley únicamente establece la posibilidad de suspender la vista por el tiempo que resulte necesario para ordenar las notas cuando las pruebas resulten complejas o muy extensas, sin embargo no se señala nada similar al contenido del art.793.7 de la LECr. Ahora bien, puesto que no hay ninguna norma dentro de la LOPM que se oponga a dicha posibilidad, y dado que como ha señalado la jurisprudencia dicho art.793.7 tiene una “vocación de generalidad” porque significa profundizar en el desarrollo del principio constitucional que proscribía toda indefensión, es evidente que no hay ningún impedimento para apreciarlo en el ámbito de la jurisdicción militar.

VI. CONCLUSIONES

I. El principio acusatorio exige una posición de imparcialidad en el órgano jurisdiccional, siendo necesario distinguirlo del principio de contradicción implícito en el derecho de defensa y del derecho a ser informado de la acusación, formando parte más bien del derecho a un proceso con todas las garantías.

II. El objeto del proceso viene dado por un acaecer histórico imputado a un sujeto.

III. El acta de acusación queda definitivamente conformada en las calificaciones definitivas.

IV. El cambio en la tipificación, en la participación, la ejecución o las circunstancias agravantes que se realiza en las conclusiones definitivas

(29) RAMOS MÉNDEZ. «El proceso penal». *Lectura Constitucional* Barcelona 1988. Pág. 5.

no afectan al principio acusatorio rectamente entendido, pero si al principio de contradicción y de modo mas general al principio de no indefensión.

V. El art. 793.7 resulta de aplicación en el procedimiento penal ordinario y también en el procedimiento penal militar, teniendo en cuenta que la petición de suspensión habrá de concederla el Tribunal previa petición de la defensa y sólo en aquellos casos que pueda entenderse que existe indefensión.

LA DIPLOMACIA PREVENTIVA

Alberto Ruiz de los Paños Brusi
Capitán Auditor

SUMARIO

I. CONCEPTO JURÍDICO DE DIPLOMACIA PREVENTIVA. —II. UBICACIÓN DE LA DIPLOMACIA PREVENTIVA DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS. —III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. A. ELEMENTO OBJETIVO. B. ELEMENTO SUBJETIVO. C. LA DIPLOMACIA PREVENTIVA Y LOS ORGANISMOS REGIONALES. —IV. MANIFESTACIONES DE LA DIPLOMACIA PREVENTIVA. —V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. CONCEPTO JURÍDICO DE DIPLOMACIA PREVENTIVA

La expansión y ampliación considerables de las tareas de mantenimiento de la paz encomendadas a las NU constituyeron a lo largo de los años noventa un constante recordatorio de que el concepto de “mantenimiento de la paz” se encontraba todavía en etapa de formación. Para continuar fortaleciendo la capacidad de las NU de mantener la paz y para darle más eficacia, se comprendió la necesidad de proporcionar a este tipo de operaciones un marco y fundamento conceptuales en el que se tuviera en cuenta un amplio espectro de nuevas funciones que pudieran asignarse a las operaciones para el mantenimiento de la paz en el futuro.

Es por ello que al concluir la 1.^a reunión celebrada por el Consejo de Seguridad a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno, el 31 de Enero de 1992, se solicitase al Secretario general antes de Julio de 1992 un “análisis y recomendaciones respecto de los medios de fortalecer y hacer más eficiente, dentro del marco de la Carta y sus disposiciones, la capacidad de las NU en materia de diplomacia preventiva, establecimiento de paz y mantenimiento de paz”.

Es entonces cuando surge el concepto de “diplomacia preventiva”, una realidad de la sociedad internacional a la que había que articular jurídicamente, determinando su contenido y definiendo sus límites en relación a otras operaciones similares en apariencia: el “establecimiento de la paz” y el “mantenimiento de la paz”. A ellos, el Secretario General (siempre basándose en las ideas y propuestas que le habían hecho llegar los diversos gobiernos, organismos regionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones particulares de multitud de países) añadió un nuevo concepto, también afín: la “consolidación de la paz después de los conflictos”. Esto tendría lugar en el Informe que elaboró de conformidad con la Declaración antes mencionada de 31 de Enero de 1992, y al que denominó “Un programa de paz”.

El 18 de Diciembre de 1992, la Asamblea General, en su resolución 47/20, acogió con agrado el Informe arriba mencionado y alentó al Secretario General a continuar desarrollando los conceptos jurídicos de “diplomacia preventiva”, “asistencia humanitaria” y “solución de conflictos”. Esta labor ha sido realizada en la Memoria sobre la labor de la Organización del cuadragésimo séptimo al cuadragésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General (Septiembre de 1993), donde además de confirmar los conceptos definidos en su informe “Un Programa de Paz” añade uno nuevo: “imposición de la observancia de la paz”.

El origen de la admisión de este último término tiene su punto de partida en el NAC o Consejo de Cooperación del Atlántico Norte, y el informe que el 11 de Junio de 1993 emitió el Grupo creado “ad hoc” en su seno sobre “Cooperación en el Mantenimiento de la Paz”, emitido con la finalidad de “desarrollar una base común de entendimiento para las operaciones de mantenimiento de la paz en apoyo de las operaciones de estas características que se llevan a cabo bajo la responsabilidad de la ONU y de la CSCE” Este Informe recoge los cuatro conceptos del Informe “Un Programa de Paz” y añade uno más: el de “imposición de la paz”.

Estas son las tres fases en que se ha ido definiendo el concepto de “diplomacia preventiva”, concepto vago e impreciso que cada vez adquiere más importancia en la práctica internacional.

II. UBICACIÓN DE LA DIPLOMACIA PREVENTIVA DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS

Boutros Ghali encabeza su Informe del año 1993, en la parte que se refiere al desarrollo de la diplomacia preventiva, con el párrafo 1 del art. 1

de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se recoge como propósito de la Organización el mantener la paz y seguridad internacionales y, con tal fin (y esto es lo que recoge literalmente) "... lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de las situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz". Boutros pretende sin duda hacernos ver que la diplomacia preventiva no es algo enteramente nuevo, sino que ya aparece previsto en la Carta de las Naciones Unidas en su art. 1, por tratarse ni más ni menos que de una técnica de actuación de la Organización encaminada al arreglo pacífico de las controversias o situaciones internacionales".

Omite, sin embargo, la primera parte de este artículo primero, que establece que todo ello se lleva a cabo con una estricta finalidad: "el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales". La omisión realizada por el Secretario General puede considerarse como intencionada, si tenemos en cuenta que nos encontrábamos en un momento muy primario en el que era importante asentar una serie de conceptos que la practica internacional parecía oscurecer, y que no ha dejado de señalarse que la Carta de las Naciones Unidas supone en materia de arreglo pacífico de controversias internacionales un retroceso, desde el punto de vista institucional, en comparación con el régimen articulado por la Sociedad de Naciones. La Carta, en efecto, hace de la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos (art. 2. 3) el envés de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones interestatales pero a la Organización no le interesa la solución de controversias en sí misma, sino sólo desde la perspectiva del mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Así, mientras en la Sociedad de Naciones se consideró como fin primordial la solución pacífica de las controversias, el objetivo esencial que inspira la Carta de las Naciones Unidas es el "mantenimiento de la paz y seguridad internacionales".

Esta vinculación con el sistema de seguridad colectiva arbitrado por la Carta, elemento esencial para delimitar lo que es la "diplomacia preventiva", es algo que, no obstante, se tiene muy presente por los miembros de la comunidad internacional y, sin ir mas lejos, el Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la Asamblea General (al que se le ha encomendado el examen amplio de toda la cuestión de las OMP en todos sus aspectos con miras a fortalecer el papel de las NU en esa esfera) ha recogido, a petición de ciertas delegaciones, en el Informe que elevó a la Asamblea en el año 1991, que las nociones de diplomacia

preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz deberían concebirse “como parte integral y no aislada del total del sistema colectivo de seguridad de las Naciones Unidas”. Las tres nociones deberían entenderse “como una unidad, como un sistema integrado de las Naciones Unidas encaminado a establecer la paz y seguridad a escala mundial”.

El propio Boutros Ghali reconoce implícitamente esta vinculación de la diplomacia preventiva cuando, mas adelante, en el propio Informe “Un Programa de Paz”, afirma, en relación a la misma, al establecimiento de la paz y al mantenimiento de la paz, que “estas cuatro esferas de acción, tomadas en su conjunto, representan una contribución coherente a los esfuerzos por alcanzar la paz conforme al espíritu de la Carta. Las Naciones Unidas tienen una amplia experiencia no sólo en estas esferas sino también en el campo más amplio de las actividades pro paz en que se encuadran esas cuatro esferas”.

La vinculación de la diplomacia preventiva con el sistema de seguridad colectiva es algo que no suscita controversias importantes, sí parece plantearlas su ubicación dentro del mismo. En relación a esta cuestión, Boutros Ghali parece seguir la clasificación recogida en el Informe del NACC que anteriormente mencionamos y parece aproximar la diplomacia preventiva al capítulo VI de la Carta, que recoge los medios estrictamente diplomáticos de arreglo pacífico de controversias. Esta tesis es correcta... en parte:

1) Es cierto que debe quedar fuera de las medidas previstas en el capítulo VII de la Carta, ya se trate de las “medidas provisionales” del artículo 40 (que, a fin de evitar que la situación se agrave, se exige que cumplan las partes implicadas en el conflicto), ya sean medidas propiamente sancionadoras del art. 41 (que no implican el uso de la fuerza: interrupción de relaciones económicas, diplomáticas, de las comunicaciones...); o ya se trate de medidas del art. 42 (que implican la utilización de la fuerza armada). Y es que las medidas de diplomacia preventiva se caracterizan por su carácter no obligatorio (al ser un elemento esencial de las mismas el “consentimiento” de las partes implicadas) y por su carácter no coercitivo.

Dentro de este capítulo VII sí deberían entrar, por el contrario, las medidas que el propio Boutros Ghali ha calificado como “acción de imposición de paz”, mediante las que se restablece la paz en una zona de conflicto a través de medios militares sin necesidad de contar con consentimiento alguno.

Por otro lado, las “medidas provisionales” del art. 40 (que es el concepto mas afín a la diplomacia preventiva dentro de este capítulo y que, por

tanto, podría ser confundido con ella), se caracterizan , además de por su obligatoriedad para los implicados en el conflicto, por el hecho de que “deben” ser adoptadas por ellos mismas (cese el fuego, retiro de las fuerzas armadas, establecimiento de una tregua o armisticio, cese de las hostilidades. . .). En cambio, las medidas de diplomacia preventiva deben ser llevadas a cabo, no por las partes, sino por los órganos de las Naciones Unidas.

2) No es cierto que la diplomacia preventiva sólo consista en medidas ubicables, por su naturaleza, en el capítulo VI de la Carta. La ubicación de medidas como las que nos ocupan es muy compleja, debido a que bajo este término se incluyen medidas de muy diferente naturaleza que tienen en común el momento temporal en que intervienen: antes de un conflicto armado (prevención). Es verdad que la mayoría de las actividades que hoy por hoy se incluyen bajo este concepto pueden ser definidas como pertenecientes al capítulo VI (misiones de investigación de hechos, buenos oficios, gestiones encaminadas a sentar en la mesa de negociaciones a las partes de un posible conflicto. . .) pero las manifestaciones de la diplomacia preventiva, como luego veremos, pueden ser de lo más variado, dependiendo de lo que sea necesario realizar en cada caso concreto.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: OBJETIVO Y SUBJETIVO

A) *Elementos objetivos*

En el Informe “Un Programa de Paz” se incluyen dentro de la diplomacia preventiva las medidas encaminadas a:

- mitigar las tensiones.
- evitar que las “tensiones” devenguen en “controversias”.
- evitar que la “controversia existente se transforme en un “conflicto”
- evitar que un conflicto genere nuevas tensiones “allí donde no las hay”.

Recoge el informe tres términos que hacen referencia a las fases de mayor o menor intensidad por las que puede pasar una crisis internacional , extraídos de la terminología empleada por el texto de la Carta (capítulos VI y VII) y de la interpretación que de ellos realiza la sentencia dictada por el Tribunal de la Haya en el asunto de la concesión Mavromantis de Palestina. En este sentido, cabe distinguir entre:

— Tensión: situación de las relaciones internacionales en las que la crisis no se ha producido aún pero se encuentra en estado “potencial o latente”. Abarca tanto los supuestos en que hay meras “circunstancias de hecho” que hacen prever el surgimiento de un enrarecimiento en las relaciones internacionales, como aquellos supuestos en los que de los “actos jurídicos” de los Estados implicados se puede apreciar la existencia de un desacuerdo que no presenta aún un “objeto circunscrito o claramente definido” al no haber hecho las partes una determinación clara de las pretensiones que tiene cada uno.

— Controversia: o diferencia en sentido estricto. Desacuerdo entre Estados sobre un objeto lo claramente definido por las partes implicadas al haber delimitado sus respectivas pretensiones.

— Conflicto: con clara referencia al “conflicto armado”, en el que las partes tratan de dirimir sus diferencias empleando para ello la fuerza armada.

La diplomacia preventiva se caracteriza por intervenir en las dos primeras fases, cuando aún no ha surgido el enfrentamiento armado, y precisamente para evitarlo. Su proyección sobre las “situaciones”, antes incluso que de las “controversias”, facilita la intervención institucional, al aliviar la cuestión calificadora, la identificación de las partes y del objeto de la diferencia.

Se diferencia de las “medidas de establecimiento de la paz” en que estas están encaminadas a lograr que las partes implicadas en un conflicto armado “cesen” en su enfrentamiento y acudan a los medios pacíficos previstos en la Carta para solventar sus diferencias. Son acciones “diplomáticas” (según los términos empleados por el informe del NACC) que se producen una vez comenzado un conflicto, y cuyo fin es alcanzar una solución pacífica. Entre ellas se pueden incluir medidas cuya naturaleza les ubica en el capítulo VI de la Carta (buenos oficios, mediación, conciliación); pero cabe incluir otras medidas de diferente naturaleza que, sin tener carácter coercitivo o sancionador, inducen a las partes, con su consentimiento, a llegar a una solución pacífica del conflicto. Vienen, pues, caracterizados, más que por la “naturaleza” de la operación en sí, por el “momento” en que tienen lugar.

Lo mismo cabe decir de las “medidas de mantenimiento de la paz”, que intervienen “inmediatamente después” del cese de un conflicto armado con la finalidad de contención y moderación de la dinámica y tenden-

cia al enfrentamiento que en ese momento existe entre los Estados implicados. Incluye medidas como el despliegue sobre el terreno de una fuerza de mantenimiento de la paz con el consentimiento de las partes, la supervisión de líneas de demarcación, la vigilancia del alto el fuego, el control de zonas de amortiguación, el desarme y desmovilización de facciones armadas...

Igualmente se diferencian, por el momento en que intervienen, de las “medidas de consolidación de la paz”, acciones que tienen lugar no inmediatamente después del conflicto, sino en un momento posterior, y que pretenden, una vez establecida la paz, consolidarla a fin de evitar la reanudación del conflicto armado. Incluyen medidas de diversa índole, ubicables, si hubiesen tenido lugar en otra fase del conflicto armado, en otra de las anteriores categorías. Incluye el desarme de las partes, la destrucción del armamento, el establecimiento y fortalecimiento de estructuras que permiten restablecer el orden público en la vida cotidiana, el fortalecimiento de las estructuras comerciales y políticas (promoviendo procesos tradicionales y no tradicionales de participación política). Igualmente quedan asumidos muchas veces en la consolidación de la paz los proyectos de cooperación entre dos o más Estados en una “empresa común” que, contribuyendo al desarrollo económico y social, aumenten la confianza, elemento esencial de la paz.

El elemento de “consolidación de la paz” debe verse como la contraparte de la “diplomacia preventiva”, que tiene precisamente el objeto de evitar el conflicto armado y, por lo tanto, el quebrantamiento de la paz. La diplomacia preventiva tiene por objeto evitar la crisis, la consolidación de la paz pretende evitar la reanudación de las hostilidades, fortaleciendo una paz lograda con la combinación de actividades de establecimiento y mantenimiento de la paz.

B) *Elemento subjetivo*

Boutros Ghali, en su Informe “Un Programa de Paz”, afirma que la diplomacia preventiva “puede ser función del Secretario General, personalmente o mediante funcionarios superiores u organismos especializados; del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, así como de las organizaciones regionales en cooperación con las Naciones Unidas”.

La cuestión es más compleja de lo que parece dar a entender el Secretario General, pues fundamentar la competencia de los órganos de

las NU en esta materia exige un análisis detallado de los preceptos de la Carta.

Si la diplomacia preventiva consistiese únicamente en medidas de arreglo pacífico de controversias recogidas en el Capítulo VI de la Carta, la legitimación de los órganos de las Naciones Unidas para llevarla a cabo, sería sencilla, pues este texto normativo se ha preocupado de hacerlo expresamente. Así:

A) El Consejo de Seguridad, que es el órgano principal en la materia, al que la Carta le atribuye “responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, tiene su competencia recogida en los arts. 33 y ss. del Capítulo VI.

B) La Asamblea General, puede intervenir con medidas de arreglo pacífico de controversias en virtud de los arts 11 y 14, que le confiere competencia general en materia de paz y seguridad internacionales (lo que incluye la solución pacífica de conflictos) y conforme al art. 35 (en virtud del cual, cualquier Estado puede someterle un conflicto), siempre, eso sí, subordinándose a la labor del Consejo de Seguridad.

C) El Secretario General, quien en las últimas décadas ha visto fortalecido su papel en esta materia a través de un desarrollo del art. 99 de la Carta, según el cual se encuentra facultado para “llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que, en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”. Las diversas crisis internacionales han mostrado que el Secretario General podía jugar un papel importante como órgano de mediación y buenos oficios, ampliándose de este modo progresivamente la competencia atribuida por el art. 99. Ello se debe a que la independencia del Secretario General respecto a las políticas nacionales permite que éste lleve a cabo una labor positiva en la solución de conflictos, bien directamente, bien a través de un representante. En este sentido cabe destacar la labor realizada por el Secretario Pérez de Cuellar en la guerra entre Irán e Irak para conseguir el cumplimiento de la resolución de Consejo de Seguridad sobre el conflicto. Con carácter general, la Declaración sobre la “prevención y eliminación de las controversias y situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales y sobre el papel de la ONU en este ámbito”, aprobada como anexo a la Res. 43/51, adoptada por la AG el 5 de Diciembre de 1988, resalta las actividades que puede llevar a cabo el Secretario General en relación con el arreglo pacífico. Igualmente, la Res. 4/59, de 1 año 1992, le atribuye un carácter preferente en relación con las tareas de “determinación de los hechos”, bien

mediante el envío de una misión especial o la designación de un representante especial o un grupo de expertos dependiente de él.

Pero como dijimos anteriormente, la diplomacia preventiva abarca otras actividades de naturaleza diferente a las incluidas en el Capítulo VI. Esta diferente naturaleza (no coercitiva, no encaminada “directamente” al arreglo pacífico de una controversia) obliga a buscar una legitimación propia de las mismas en la Carta y los órganos competentes para llevarlas a cabo. Este problema no es nuevo, sino que ya surgió cuando se analizó en los años sesenta la “constitucionalidad de lo que entonces se entendía por”operaciones para el mantenimiento de la paz”.

Hay que rechazar la posibilidad de fundar este segundo tipo de medidas de diplomacia preventiva en el Capítulo VII, como obviamente se deduce de lo hasta aquí expuesto; ni siquiera, como vimos, en el art. 40 de este Capítulo.

Sera también equivocado fundarlas en alguna disposición del Capítulo VI, por no coincidir su naturaleza con este tipo de medidas. Precisamente, el objeto de muchas de estas “otras actividades” de diplomacia preventiva es mantener separadas a las partes temporalmente, a fin de enfriar la tensión hasta un momento posterior en el que los métodos de arreglo pacífico de controversias del Capítulo VI tengan oportunidad de intervenir en una función preventiva de mayor peso y alcance. Es el caso, por ejemplo, de las actividades humanitarias preventivas, de las medidas económicas y sociales de consolidación de la confianza, de la alerta temprana e incluso del despliegue preventivo.

Tampoco parece correcto fundarlas en los arts. 22 y 29 de la Carta, pues estos no reconocen una “función”, como tal, de la Organización, sino que simplemente reconoce a dos órganos (la AG y el CG), con unas funciones previamente determinadas, la posibilidad de establecer “órganos subsidiarios” para el desempeño de sus funciones. No son normas de competencia sino de estructuración orgánica.

Parece más aconsejable entender que este tipo de medidas constituyen un desarrollo “*praeter legem*” de la Carta, que no tiene su base jurídica ni en el Capítulo VI ni en el VII, pero que resulta de los poderes implícitos de las Naciones Unidas a fin de asegurar el cumplimiento de su propósito fundamental: el mantenimiento de la paz. Son poderes que, si no expresos, sí son consecuencia necesaria de la función de la Organización en tanto que esenciales a su ejercicio.

En relación a qué órganos pueden llevar a cabo este segundo tipo de medidas de diplomacia preventiva, es necesario acudir a diversos artícu-

los desperdigados por la Carta , toda vez que ésta no lo prevé expresamente:

A) El Consejo de Seguridad, como órgano que tiene la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (art. 24), esta habilitado incluso para llevar a cabo “medidas sancionadoras o coercitivas” (art. 11, art. 41 y art. 42), por lo que , en virtud del principio de “quien puede lo mas puede lo menos”, está capacitado para el establecimiento, control y dirección de medidas de diplomacia preventiva.

B) La Asamblea General, en la medida que las actividades de diplomacia preventiva no tienen carácter coercitivo, y son necesarias para el mantenimiento de la paz, puede también decidir el establecimiento de las mismas basándose para ello en el art. 11. 2 y el art. 14, siempre y cuando el Consejo de Seguridad no esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación (art. 12).

C) El Secretario General, tiene una competencia más limitada en esta materia, al poder solamente encargarse de la “realización” y “dirección” de estas medidas cuando así se lo encomienden los órganos anteriormente mencionados, todo ello basándose en el art. 98, el art. 22 y el art. 29.

En este sentido, en el Informe del Comité Especial de Operaciones para el Mantenimiento de la Paz del año 1993, en relación expresa con la cuestión de la diplomacia preventiva, varias delegaciones hicieron ver que el Secretario se encontraba en una posición adecuada para adoptar “con prontitud” medidas encaminadas a prevenir el deterioro de una situación explosiva. Para ello, debía proporcionarsele “información completa y actualizada” acerca de las tensiones que podrían escalar hasta transformarse en un conflicto internacional. Igualmente se pidió una “reestructuración” de la Secretaría, de manera que, del mismo modo que se había creado un “Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz”, debían en el futuro continuar integrándose todas las secciones básicas de la Secretaría vinculadas con las OMP. De esta manera se fortalecería de forma sustancial la capacidad de la Secretaría para planificar, poner en marcha, coordinar y mantener las medidas de carácter preventivo.

C) *La Diplomacia Preventiva y los Organismos Regionales*

Boutros Ghali hace expresa mención de la ventaja que, a su modo de ver, supone para la materia que nos ocupa que la Carta, en el Capítulo

VII, evite deliberadamente toda definición precisa de los “acuerdos y organismos regionales”, lo cual permite que “distintos grupos de Estados actúen con suficiente flexibilidad para poder intervenir en actividades de diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz”. Está refiriéndose expresamente a:

— Organizaciones creadas en virtud de Tratados anteriores y posteriores a las Naciones Unidas.

— Organizaciones regionales de seguridad y defensa mutuas.

— Organizaciones para promover el desarrollo regional “en general” o la cooperación respecto de “alguna cuestión o función económica en particular”.

Sin embargo, entiendo que hay que ser prudente en la admisión de estas tesis, siempre en aras de garantizar que éstas se lleven a cabo de manera compatible con los propósitos y principios de la Carta, vinculados en relación de subordinación con las Naciones Unidas, y en concreto con el Consejo de Seguridad (de conformidad con lo previsto en el Capítulo VIII).

En este sentido, cabe recoger aquí que son los caracteres propios de la diplomacia preventiva los que condicionan la legitimación de un organismo regional para llevarla a cabo, en especial su carácter “no coercitivo” (en el sentido del Capítulo VII de la Carta) y su naturaleza no asimilable a una “acción” en el sentido del art. 11 del mismo texto. Así, podríamos distinguir entre lo que es una “legitimación de primer grado” (que facultaría originariamente para proceder a la “autorización” y “control” del desarrollo de una actividad de este tipo) y lo que es una “legitimación de segundo grado o por delegación” (que faculta para proceder a su “ejecución material” bajo el mandato y control de quienes poseen la primera).

Si tenemos en cuenta que la finalidad de la diplomacia preventiva es contener y controlar una controversia para evitar un conflicto armado que quebrante la paz y seguridad internacionales, sólo tendrán legitimación de “primer grado” para “autorizar” su realización aquellas organizaciones internacionales que recojan entre sus fines el mantenimiento y conservación de la misma. Si acudimos a la Carta de las Naciones Unidas, vemos que son dos:

— La propia Organización de las N. U, cuya legitimación se reconoce en virtud de las funciones que se le asignan en el art. 1. 1 (“mantener la paz y seguridad internacionales”) y los medios que puede emplear para su cumplimiento (“tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz”).

— Los acuerdos y organismos regionales, cuyo fin es entender de los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad en virtud del art. 52 y de todo el Capítulo VIII en general. Es el caso de la OEA y de la OSCE.

La legitimación de “segundo grado”(o de mera ejecución material) quedaría para todas aquellas organizaciones de carácter regional que, constituidas con fines diversos (seguridad y defensa mutua, cooperación económica, política...) no pueden ser caracterizados en buena técnica como “Acuerdos Regionales” del Capítulo VIII, al no atribuirles sus respectivos tratados constitutivos como finalidad específica el poder entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad. Es el caso de la OTAN y de la UEO.

La razón de que organizaciones distintas de las Naciones Unidas, como la OEA y la OSCE, tengan la legitimación “directa y originaria”, sin necesidad de obtener “autorización previa” y expresa del Consejo de Seguridad, es consecuencia, como dijimos antes, de la naturaleza “no coercitiva” de este tipo de medidas. Ahora bien, la intervención de los Organismos Regionales en esta materia debe interpretarse como una competencia “relativa”(porque las partes de la controversia pueden, de común acuerdo, acudir al Consejo amparándose en el derecho reconocido por el art. 38 de la Carta), “controlada” (pues, por un lado, el Consejo conserva su potestad de investigación y control a fin de determinar si la prolongación de la controversia puede poner en peligro la paz y seguridad;y por otro lado, cualquier Estado puede llamar la atención del Consejo o de la Asamblea acerca de la misma) y “limitada” (porque, ineficaz la actuación del Organismo Regional, se impone la persecución del arreglo en el seno de las NU)

Esta subordinación a las Naciones Unidas es positiva, pues podemos evitar así que la diplomacia preventiva se transforme en un modo de “presión” en las controversias en las que una de las partes se despega de los valores “entendidos”.

IV. MANIFESTACIONES DE LA DIPLOMACIA PREVENTIVA

Como se deduce de todo lo expuesto hasta aquí, las manifestaciones pueden ser de lo mas variado, pues dependen de lo que sea necesario realizar en cada caso concreto. Ciertamente, no será lo mismo que estemos ante una mera “tensión” que ante una “controversia” ya definida; pero si

clasificamos a las medidas atendiendo exclusivamente a su íntima naturaleza, se pueden clasificar en dos grupos:

A) Aquellas que tienen una naturaleza propia del Capítulo VI de la Carta, y que pueden ser calificadas de “medios diplomáticos”(por llevarlos a cabo los organos políticos de las Naciones Unidas) y que no pretenden sino poner fin a la situación de tensión o controversia a través del logro de un acuerdo de las partes, preparando el camino para el entendimiento. Dentro de estos cabe recoger los “buenos oficios”, la “mediación”, la “conciliación” y las “comisiones de investigación”(incluibles en el art. 34 de la Carta).

Quedarían excluidos los medios “jurídicos” de solución pacífica de controversias: el arbitraje y el arreglo judicial, que suponen para las partes el someterse a un órgano creado “ad hoc” (arbitraje) o preexistente(órgano judicial), siendo vinculante su resolución para las partes.

B) Aquellas que no pretenden lograr un acuerdo entre las partes sino únicamente el enfriamiento de una situación de “tensión” a la espera del momento más adecuado para proceder a los medios diplomáticos de arreglo pacífico. Aunque los medios del Capítulo VI pueden actuar preventivamente tanto en una situación de “tensión” como en una “controversia”, parece poco útil en el primero de estos supuestos, puesto que las partes no han formulado pretensiones definidas, pudiendo incluso no ser ni siquiera conscientes del conflicto de intereses en el que se ven inmersos.

La variedad de este tipo de medidas es muy amplia:

— Medidas para consolidar la confianza (intercambio sistemático de misiones militares, *formación de centros regionales de reducción de riesgos*, medidas de fomento de la libre circulación de la información, supervisión de los acuerdos regionales de armamentos que se encuentren en vigor...).

— Actividades humanitarias preventivas (en relación con amenazas ambientales, riesgo de accidentes nucleares, desastres naturales, movimientos masivos de población, hambres generalizadas, propagación de enfermedades... todos ellos en cuanto indicadores de una posible amenaza para la paz). A menudo, la manifestación de necesidades humanitarias indica un conflicto en ciernes, incluso antes de convertirse en una amenaza mas grave para la paz. Para adoptar las medidas preventivas adecuadas es necesario tener estructurado un “sistema de alerta temprana”que permita identificar rápidamente las causas del conflicto. Cabe incluir dentro de este tipo de actuaciones no solo la prestación de asistencia humanitaria sino

otro tipo de medidas humanitarias preventivas como es el fortalecimiento de la capacidad nacional en los países expuestos a desastres.

— Despliegue preventivo, bien en situaciones de crisis nacional (a petición del gobierno o de todas las partes interesadas) , bien en las controversias entre Estados (ya sea con el acuerdo de todos los implicados, ya sea por solicitud de un Estado que, sintiéndose amenazado, pida el despliegue preventivo solamente a lo largo de su frontera).

— Zonas desmilitarizadas, bien a ambos lados de la frontera (con acuerdo de las dos partes, con objeto de separar a beligerantes potenciales) , bien a un lado sólo de la frontera (a petición de una parte, con objeto de eliminar cualquier pretexto para un ataque.).

V. CONSIDERACIONES FINALES

Tras todo lo comentado, aparece como telón de fondo la flexibilidad del sistema de las Naciones Unidas ante las nuevas coordenadas políticas internacionales, capaz de evolucionar de forma constante dentro de los amplios márgenes que la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto texto de carácter "constitucional", le concede. La reciente maniobrabilidad que posee este sistema, descartada ya la política de bloques, ha provocado que, en el cumplimiento de la función de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, se hayan creado nuevas figuras al amparo de una oportunidad política que, con un amplio sentido de "constitucionalidad", ha pospuesto su inevitable articulación jurídica. Esta articulación unas veces es de fácil elaboración y otras, como la que nos ocupa, exige una reflexión doctrinal más detallada por implicar una restructuración de conceptos que el Derecho Internacional no tenía aun consolidados. De la utilidad política de la diplomacia preventiva no nos corresponde hablar ahora y , en cuanto a su definición en Derecho , es necesario resaltar que exige, como concepto, innovar tradiciones doctrinales ya superadas por la realidad internacional.

CONCORDANCIAS

— Asociación con los países de Europa Central y Oriental. Comunicado emitido tras la sesión ministerial del Consejo del Atlántico Norte, reunido en Copenhage el 6 y 7 de junio de 1991.

— Reunión del Consejo de Cooperación del Atlántico Norte. Atenas, Grecia, 11 de junio de 1993. Informe elevado a los Ministros por el Grupo Ad Hoc del NACC sobre Cooperación en el Mantenimiento de la Paz.

— Informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (A/47/253), de 4 de junio de 1992.

— Informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (A/48/173), de 26 de mayo de 1993.

— Declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad.

— Informe del Secretario General Boutros Boutros-Ghali “Un programa de paz”, presentado de conformidad con la Declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad. Nueva York, 1992.

— Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización del cuadragésimo séptimo al cuadragésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General. Septiembre de 1993.

LA UNIFICACION DE DOCTRINA LEGAL EN LAS CUESTIONES DE PERSONAL

Joaquín María Peñarrubia Iza
Teniente Auditor

SUMARIO:

I.- EXCEPCIONES AL RECURSO DE CASACION ORDINARIO: LAS CUESTIONES DE PERSONAL. II.- LOS RECURSOS EN INTERÉS DE LA LEY Y PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA. III.- UN SISTEMA INEFICAZ. IV.- UNA REFORMA NECESARIA.

I. EXCEPCIONES AL RECURSO DE CASACION ORDINARIO: LAS CUESTIONES DE PERSONAL.

La Ley de Medidas Urgentes de reforma procesal, de 30 de abril de 1992, configura definitivamente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo contencioso-administrativo, como un órgano de casación y de revisión (1), aunque con algunas excepciones en las que conocerá en primera instancia. Decimos definitivamente, porque el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial previó que estas serían las competencias de la

(1) Desde 1989, existe un recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, pero que no se substancia ante su Sala Tercera, sino ante la Quinta. Es el regulado por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyo Preámbulo se expresa en los siguientes términos: «En la configuración y articulación de este procedimiento se ha seguido la pauta del contencioso-administrativo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, pero introduciendo las peculiaridades propias del ámbito objetivo a que se contrae el recurso contencioso-disciplinario»; además, «se ha instituido un único recurso contra las decisiones adoptadas en primera instancia, recurso que no es el de apelación, como en la Ley de 1956, sino el de casación, siguiendo de esta forma el camino iniciado por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Previamente, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, 2/1982, de 12 de mayo, había previsto en su artículo 49 otro recurso de casación, al establecer que «las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determine su Ley de Funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y de revisión ante el Tribunal Supremo».

Sala Tercera del Tribunal Supremo. Sin embargo, el Alto Tribunal declaró inaplicables estas previsiones, en tanto no fueran regulados expresamente estos recursos en el orden contencioso-administrativo (2). Pues bien, esta configuración, lleva implícita la intención del legislador de que se reduzca el número de asuntos que acceden a su conocimiento, como ha destacado la doctrina (3). Junto a la reducción natural que produce el nuevo texto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al sustituir el recurso de apelación por el de casación, la reforma operada por la Ley 10/1992 ha excluido algunos supuestos concretos de la posibilidad de ser la materia de fondo en un recurso de casación, algunos de los cuales ya se contemplaban en el antiguo artículo 94, o bien estaban ya excluidos por leyes especiales. Concretamente, son los previstos en el artículo 93.2 de la Ley de la Jurisdicción, en su actual redacción: Las cuestiones de personal, con excepción de las relativas a la extinción del vínculo funcional, las de cuantía inferior a seis millones de pesetas, los recursos contencioso-electorales y los relativos al derecho de reunión que se substancien por los trámites de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, 62/1978, de 26 de diciembre.

La conformidad con el texto de la Constitución del hecho de que la ley reduzca o elimine los posibles recursos jurisdiccionales, es cuestión sobre la que se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo (4) que, al referirse a la materia que es objeto de este estudio, ha recogido la doctrina del Tribunal Constitucional, declarando que la exclusión de las cuestiones de personal como realidad susceptible de recurso de casación, «por fundarse en razones objetivas de ordenación procesal y no en subjetivas de discriminación de colectivo alguno, no entraña vulneración del principio de igualdad en la ley del artículo 14 CE o de tutela judicial del

(2) Vid. el ATS de 22 de marzo de 1990 (Repertorio Aranzadi 2511). Tanto las sentencias del Tribunal Supremo (STS, SSTs), como los Autos del mismo Tribunal (ATS, AATS) que se citan en este trabajo, proceden de su Sala Tercera.

(3) Cfr. González Pérez, *Los obstáculos del acceso a la justicia administrativa*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 83 (1994), pág. 359. También Martín Rebollo, *Los recursos de casación y revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 76 (1992), pág. 536. En el mismo sentido, Ramón Peñalver, *Comentario sobre las reformas introducidas en el proceso contencioso-administrativo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal: Los recursos*, «Poder Judicial», núm. 31 (1993), pág. 139.

(4) STS de 13 de septiembre de 1993 (R. Ar. 6583). Vid. las SSTs de 15 de junio (R. Ar. 4599) y 6 de octubre (R. Ar. 8621) y los AATS de 15 de junio (R. Ar. 4598) y 25 de noviembre (R. Ar. 8626) de 1993.

artículo 24 CE» (5). Sobre la posible vulneración del artículo 24 de la Constitución por la inexistencia de recurso de casación respecto a las cuestiones de personal, se reitera la doctrina establecida a este respecto conforme al anterior recurso de apelación y se dice que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, sólo es exigible la doble instancia en la jurisdicción penal (6), «por venir sólo impuesto con respecto a ésta por los Tratados y Acuerdos internacionales sobre los derechos humanos» (7) como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (8). Por otra parte, respecto a la existencia de contravención al artículo 14 de la Constitución, al comparar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa con la Ley de Procedimiento Laboral, dice el Alto Tribunal que «por lo que se refiere a la pretendida discriminación de los funcionarios públicos frente a los trabajadores al servicio de entidades privadas, no existe término válido de comparación al tratarse de cuestiones suscitadas en relaciones de servicio de diferente naturaleza jurídica, reguladas por distintos ordenamientos jurídicos y residenciables en órdenes jurisdiccionales también diferentes» (9). Además, no es contrario a la Constitución el hecho de que el legislador cambie o modifique la regulación de un recurso, porque «no existe precepto constitucional que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de recursos legalmente establecidos» (10). Finalmente, del mismo modo que es constitucional la inexistencia de recurso, lo es también la restricción de los supuestos que tengan acceso al mismo, ya que refiriéndose a las cuestiones de personal en la vigente regulación de la Ley de la Jurisdicción, ha dicho el Tribunal Supremo lo siguiente: «Siendo cierto que la Ley 10/1992 ha restringido drásticamente la interpretación jurisdiccional sobre el viejo texto del artículo 94.1.a), sin embargo esto no obsta a su constitucionalidad» (11).

El Tribunal Supremo entendió de modo reiterado que las excepciones que contiene la Ley de la Jurisdicción respecto a la apelabilidad de las sentencias, era también predicable en el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales, regulado por la Ley

(5) Cfr. STC 160/1993, de 17 de mayo (FJ 2).

(6) ATS de 20 de septiembre de 1994 (R. Ar. 7097).

(7) STS de 21 de septiembre de 1994 (R. Ar. 7098).

(8) ATS de 18 de octubre de 1994 (R. Ar. 8069).

(9) ATS de 12 de septiembre de 1994 (R. Ar. 6742).

(10) STS de 11 de octubre de 1994 (R. Ar. 7989).

(11) ATS de 3 de mayo de 1994 (R. Ar. 3970).

62/1978, de 26 de diciembre, porque la LJCA es supletoria con respecto a dicha Ley (12). Pues bien, lo mismo ocurre con respecto a la relación entre la casación y la Ley 62/78, puesto que la misma expresión «en su caso» es utilizada por la Disposición derogatoria Segunda de la Ley 10/1992, que establece la aplicación de las normas de la casación para cualesquiera leyes que regulen recursos contencioso-administrativos (13), por lo que ha dicho el Tribunal Supremo que: «Esta Sala considera aplicable a los recursos de casación la doctrina jurisprudencial sentada respecto de la apelación de los asuntos de personal, aun seguidos por el cauce de la Ley 62/1978, y que interpretando la expresión en su caso del artículo 9.1 de la Ley 62/1978, en relación con el artículo 6 de la misma norma, entendía que para la admisibilidad de ese tipo de recurso debía estarse a las reglas generales del artículo 94 LJCA» (14).

La misma interpretación se ha producido con respecto a la pieza de suspensión, cuya resolución jurisdiccional era irrecurrible en apelación (15). En este ámbito, la doctrina sobre la casación no ha variado, porque «aunque los autos que ponen término a la pieza separada de suspensión, son susceptibles de recurso de casación (...), al versar el objeto del proceso principal sobre una cuestión de personal, que no resulta subsumible en la excepción prevista en el art. 93.2.a) de la LJCA, y, por tanto, no ser susceptible de recurso de casación la sentencia que se dicte en el proceso principal, no resulta tampoco admisible el recurso de casación que se ha preparado contra el auto dictado en la pieza de suspensión» (16).

Es, por tanto, jurídicamente posible y conforme a la Constitución que el legislador limite las materias que tienen acceso a los recursos establecidos por las leyes procesales. Pero no es esta la cuestión que aquí se plantea, sino que una vez sentado el alcance de una exclusión concreta, las cuestiones de personal, se ha sustraído al Tribunal Supremo la posibilidad de establecer doctrina legal verdaderamente efectiva sobre esta parte del Derecho Administrativo, porque una cosa es la constitucionalidad de di-

(12) Como dice la STS de 1 de julio de 1993 (R. Ar. 5614), «el artículo 9.1 de la Ley 62/1978 dispone que contra las sentencias podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación, expresión *en su caso* indicativa de que el recurso de apelación en este procedimiento especial y sumario será procedente en los mismos casos en que lo sea el ordinario». En idéntico sentido, las SSTs de 10 de mayo de 1994 (R. Ar. 4375) y 9 de julio de 1994 (R. Ar. 6735).

(13) ATS de 15 de febrero de 1994 (R. Ar. 1182).

(14) ATS de 17 de octubre de 1994 (R. Ar. 8043).

(15) ATS de 22 de septiembre de 1993 (R. Ar. 6599).

(16) ATS de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6597).

cha exclusión y otra diferente su oportunidad y su efectividad, como veremos en las páginas siguientes (17).

II. LOS RECURSOS EN INTERES DE LA LEY Y PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA.

En consecuencia, hay determinadas materias, entre las que están las de personal, en las que no cabe ni el recurso de casación ordinario, ni el recurso de casación para la unificación de doctrina, por cuanto en estos puntos, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional que resuelvan estas cuestiones, están excluidas de la posibilidad de ser recurridas por las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.2.a), con respecto al primero, y en el artículo 102.a).2, por lo que se refiere al recurso de casación para la unificación de doctrina, que únicamente es admisible en los supuestos no excluidos del recurso ordinario en los cuales la cuantía se encuentre entre los límites de uno y seis millones de pesetas. Para entender el alcance de esta situación, creada por la Ley 10/1992, hay que hacer referencia a la regulación de la Ley de la Jurisdicción anterior a dicha reforma.

En la situación anterior a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal, 10/1992, de 30 de abril, el artículo 101 de la Ley Jurisdiccional estableció un supuesto extraordinario en cuya virtud se podía interponer recurso de apelación por el Abogado del Estado, contra todas las sentencias que no fueran susceptibles de apelación ordinaria, con la finalidad de que el Tribunal Supremo estableciera la doctrina legal, cuando estimara gravemente dañosa y errónea la resolución del Tribunal inferior recurrida. Los efectos de la sentencia por la que se resolviera esta clase de recurso, venían recogidos en el artículo 101.4: «La sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre y fijará la doctrina legal». Declara el propio Tribunal Supremo que: «En el recurso extraordinario de apelación ha de circunscribirse a determinar si la sentencia impugnada por el Abogado del Estado contiene o no una doctrina errónea y gravemente dañosa», de tal modo que «sentado el carácter erróneo de la doctrina contenida en la sentencia impugnada, la misma ha

(17) Cfr. Gil Ibáñez, *El recurso de casación en el proceso contencioso-administrativo especial en materia de personal*, «Poder Judicial», núm. 27 (1992), pág. 24.

de reputarse gravemente dañosa, pues la repetición de sentencias en idéntico sentido, amén de sus innegables repercusiones económicas para la Hacienda Pública, alteraría el escalafón de los integrantes de las referidas Escalas sin justificación legal», dice el Tribunal Supremo al resolver un supuesto de apelación en interés de la ley en materia de ascensos militares (18).

La eficacia de este recurso residía en su relación con el recurso extraordinario de revisión contenido en el artículo 102.1.b), que es el precedente del actual recurso para la unificación de doctrina, en cuya virtud podían ser impugnadas las sentencias que fueran contradictorias con respecto a otras del propio Tribunal Supremo o de los Tribunales inferiores.

Pues bien, tanto la doctrina (19) como la jurisprudencia han estimado que el nuevo recurso de casación en interés de la ley es una adaptación a los recursos que establece la Ley 10/1992, es decir, a la casación, del antiguo recurso de apelación en interés de ley, en el que sólo se ha modificado lo que se refiere a la legitimación, que ahora se amplía, con el alcance que da a esta interpretación el Pleno del Tribunal Supremo (20), de modo que corresponde a todas las Administraciones Públicas, pero también sólo a ellas (21), entendiéndose por tales tanto las de base territorial, como las corporativas (22), pero no cualesquiera otras entidades representativas de intereses colectivos que no tengan carácter público (23). Por lo demás, igual que su predecesor, es un recurso de carácter subsidiario, en el sentido de que procede en los casos en los que no es admisible

(18) STS de 20 de octubre de 1993 (R. Ar. 7639).

(19) Cfr. Martín Rebollo, *Los recursos de casación y revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal*, cit., pág. 540.

(20) La STS de 23 de noviembre de 1993 (R. Ar. 9126), del Pleno de la Sala Tercera, ha establecido los principios generales de interpretación del recurso en interés de la Ley: defensa del ordenamiento jurídico, legitimación... La jurisprudencia posterior establece la misma doctrina sobre la legitimación.

(21) STS de 26 de abril de 1994 (R. Ar. 2922).

(22) STS de 30 de abril de 1994 (R. Ar. 2928). En igual sentido, vid. las SSTS de 30 de abril de 1994 (R. Ar. 4221) y 11 de mayo de 1994 (R. Ar. 4237).

(23) Por ello, el Tribunal Supremo ha excluido de la legitimación a los Sindicatos y a las Asociaciones profesionales de funcionarios. Cfr. las siguientes SSTS: STS de 13 de mayo de 1994 (R. Ar. 4243), ocho SSTS de 26 de septiembre de 1994 (R. Ar. 6923, 6924, 7378, 7379, 7380, 7381, 7382 y 7383), veintidós SSTS de 17 de octubre de 1994 (R. Ar. 7938, 7939, 7940, 7941, 7942, 7943, 7944, 7945, 7946, 7947, 7948, 7949, 7950, 7951, 7952, 7953, 7954, 7955, 7956, 7958, 7959 y 7960), tres SSTS de 18 de octubre de 1994 (R. Ar. 7962, 7963 y 7964) y cinco SSTS de 26 de octubre de 1994 (R. Ar. 7968, 7969, 7970, 7971 y 7972).

ni el recurso ordinario, ni el recurso para la unificación de doctrina (24). De este modo lo ha entendido el propio Tribunal Supremo, que ha dicho al respecto: «Hemos de resaltar que esta modalidad de casación, que entronca con el antiguo recurso de apelación en interés de ley, es de carácter subsidiario con relación a la modalidad ordinaria o común de casación, tal como prescribe el mismo apartado 1 del precepto en cuestión. Aquí concurre este requisito o presupuesto procesal negativo, pues la sentencia impugnada recayó en proceso sobre materia de personal al servicio de la Administración pública estatal, en su rama militar, excluido por ello del recurso ordinario de casación conforme al artículo 93.2.a) de la Ley 10/1992 (sic). Finalmente este atípico recurso se dirige a preservar una correcta interpretación de Ley estatal, aquí la Ley 17/1989, de 19 de julio, del Personal Militar Profesional» (25).

Este carácter de mera traslación del antiguo recurso de apelación al nuevo de casación, hace que las críticas doctrinales que se hicieron con respecto al primero, sigan siendo aplicables al segundo (26). Pero hay que añadir una más, dirigida a la nueva regulación: su ineficacia práctica, que ha obligado al legislador a realizar posteriores reformas con respecto a algunas cuestiones relativas a la carrera militar.

III. UN SISTEMA INEFICAZ

El sistema de recursos regulado por la Ley de la Jurisdicción, estableció algunas excepciones a la general recurribilidad de las sentencias de los órganos inferiores, entre las que figuraban las cuestiones de personal. Pero creó un sistema, por el cual aun las materias exceptuadas del recurso ordinario de apelación podían ser modificadas por el Tribunal Supremo, en su función de órgano culminante de la pirámide de órganos jurisdiccionales. Este sistema no era otro que la posibilidad de crear jurisprudencia a través del recurso en interés de la ley. Si bien este recurso no producía efectos modificatorios en la sentencia recurrida, sino que su finalidad

(24) Cfr. STS de 27 de febrero de 1993 (R. Ar. 1296) y dos SSTS de 8 de julio de 1994 (R. Ar. 6475 y 6478).

(25) STS de 27 de febrero de 1993 (R. Ar. 1296). Debe entenderse que el artículo 93.2.a) es de la Ley de la Jurisdicción, redactado por la Ley 10/1992 y no de ésta.

(26) Vid. Fernández Pastrana, *Los supuestos del recurso de casación para la unificación de doctrina: Una necesaria reinterpretación*, «Revista de Administración Pública», núm. 133, 1994, pág. 125.

era simplemente la de crear jurisprudencia aplicable a un caso concreto, su eficacia era evidente a través del recurso contemplado en el artículo 102.1.b), que sí permitía modificar el fallo de una sentencia que fuera impugnada por esta vía, en cuanto contraría a una declaración anterior del propio Tribunal Supremo.

Con la regulación del recurso de casación, el tratamiento que el legislador ha dado a las cuestiones enunciadas en el artículo 93.2 es, como hemos visto, el de considerarlas excluidas, con las excepciones de lo relativo a la extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos en el recurso ordinario, y de las cuestiones de cuantía entre uno y seis millones de pesetas que no estén excluidas del recurso ordinario por los demás motivos previstos en el mismo artículo 93.2, en el recurso para la unificación de doctrina. Esta situación no es más que una decisión legislativa entre las posibles pero que, sin embargo, ha provocado que el actual recurso de casación en interés de ley carezca de una eficacia completa. Igual que su predecesor, no puede afectar al caso concreto de la sentencia recurrida por esta vía, como dispone el actual artículo 102.b).4 de la Ley de la Jurisdicción. Pero, al contrario que la apelación en interés de la ley, no tiene efecto de crear jurisprudencia, entendida como la interpretación de las normas realizada por el Tribunal Supremo con una “cierta trascendencia normativa”(27), es decir, entendida como la interpretación realizada por el órgano supremo, que puede unificar los fallos de los órganos inferiores, que es el sentido propio de la casación, aunque el Voto Particular de tres Magistrados del Alto Tribunal a la citada sentencia de 23 de noviembre de 1993, diferencie entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial, sobre la base de que la primera es vinculante, mientras que la segunda es tan sólo un principio de autoridad. En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha dicho las siguientes significativas palabras: «La “extraña figura” de la casación en interés de la ley ofrece, en la regulación del artículo 102.b), dos características fundamentales: A)...falta de virtualidad práctica” de la decisión del recurso... B)...sólo las Administraciones públicas están habilitadas para estimar o no estimar que una sentencia resulta gravemente dañosa para el interés general» (28).

(27) Así la define la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, de Reforma del Título Preliminar del Código civil.

(28) Vid. tres SSTs de 11 de octubre de 1994 (R. Ar. 7930, 7931 y 7932).

Para la Sala Tercera, la esencia del recurso de casación es idéntica a la naturaleza de este recurso en las otras jurisdicciones (29), por lo que dice: «La casación contencioso-administrativa es un recurso de la misma naturaleza y regido por los mismos principios básicos que la casación en las demás jurisdicciones (...). Es (...) un medio impugnatorio que sirve a fines nomofiláticos (la interpretación uniforme de la Ley), pero que abre para quien lo tiene a su disposición la posibilidad de modificar el fallo y la situación jurídica por éste reconocida o declarada, es decir, el denominado “ius ligatoris”» (30), teniendo en cuenta que su «finalidad consiste en la depuración del ordenamiento jurídico y su interpretación» (31). Pero estos caracteres no se encuentran ni con respecto a las cuestiones de personal, ni en lo que se refiere a las demás materias recogidas en el artículo 93.2 de la Ley de la Jurisdicción, tras la Reforma de 1992. Los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional pueden separarse de la interpretación que realice el Tribunal Supremo de una determinada norma, porque el recurso para la unificación de doctrina no responde a su denominación, singularmente respecto a las cuestiones de personal, que están excluidas también de esta casación subsidiaria, concebida únicamente para un supuesto concreto: aquellos asuntos cuya cuantía sea de entre uno y seis millones de pesetas que resulten excluidos del recurso ordinario únicamente por razón de la cuantía. Esto sólo puede llevar al absurdo jurídico de que cuestiones en las que concurren idénticas circunstancias, tengan un trato desigual (32) y, en consecuencia, contrario tanto a la equidad como al principio de seguridad jurídica (33), puesto que «el principio de seguridad jurídica, formulado en el artículo 9.3 de la Norma Suprema, re-

(29) Cámara del Portillo, sin embargo, estima que no coincide plenamente este recurso de casación con el de los otros órdenes jurisdiccionales en algunos aspectos y critica al Tribunal Supremo por decir lo contrario. Cfr. *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas pendientes de casación (Comentario a una interpretación «contra legem» del artículo 98 de la LJCA, contenida en los AATS de 11 de enero y 9 de marzo de 1993)*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 80, 1993, pág. 684.

(30) ATS de 11 de enero de 1993 (R. Ar. 4795).

(31) STS de 7 de julio de 1993 (R. Ar. 5483).

(32) En este mismo sentido, Gil Ibáñez, op. cit., págs. 25-26 y Fernández Pastrana, op. cit., pág. 109.

(33) El ATS de 18 de octubre de 1994 (R. Ar. 8069) dice que «la unificación de la doctrina jurisprudencial en la aplicación de la ley tiene que ver con la seguridad jurídica y no estrictamente con el principio de igualdad», para rechazar el argumento del recurrente de que la exclusión de las cuestiones de personal del recurso de casación en lo contencioso-administrativo, crea una desigualdad con respecto a la Ley de Procedimiento Laboral.

clama un atenuamiento de las decisiones judiciales a los criterios jurisprudenciales y a la doctrina legal» (34).

Lo que aquí se expone no es ninguna entelequia. Precisamente en lo referido a una situación derivada de la relación estatutaria exceptuada del recurso de casación ordinario, como es el ascenso en la carrera militar, ha habido supuestos de hecho en los que miembros de un mismo Cuerpo y en circunstancias substancialmente idénticas, han recibido fallos contradictorios, según cuál sea el Tribunal Superior de Justicia que ha conocido del litigio. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó sentencia de 13 de junio de 1992, en la cual estimaba que a los Oficiales pertenecientes a la Escala Auxiliar del Ejército (declarada “a extinguir”) no les es aplicable el requisito de la previa existencia de vacante en el empleo superior para que se produzca el ascenso y declaraba, en consecuencia, que el recurrente debía ser ascendido (35). Interpuesto recurso de casación en interés de la ley, el Tribunal Supremo estima errónea y gravemente dañosa la sentencia recurrida y sienta la doctrina de la exigibilidad de previa existencia de vacante para que pueda producirse el ascenso al empleo superior, respetando la situación jurídica creada en el caso concreto (36). Pues bien, la utilidad de este recurso de casación en interés de ley viene dada por la circunstancia particular de que el Tribunal Supremo se apoya en esta previa declaración para argumentar en posteriores recursos de revisión para la unificación de doctrina, en los cuales sí que puede “casar” las sentencias de los Tribunales inferiores. Esto es posible, en este caso concreto, por el juego de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 10/1992, que ha permitido que se tramitaran durante el periodo transitorio recursos extraordinarios de revisión del artículo 102.1.b) de la Ley de la Jurisdicción, en su redacción anterior a la Reforma, y que demuestran la utilidad que tendría una regulación de la casación para la unificación de doctrina abierta a supuestos como este, imposible después de la entrada en vigor de la reforma realizada en la Ley de la Jurisdicción por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

(34) STS de 2 de febrero de 1994 (R. Ar. 2855).

(35) En idéntico sentido, se han pronunciado más de cien sentencias de varios Tribunales Superiores de Justicia como, por ejemplo, las del TSJ de Castilla-León de 1, 15 y 30 de abril de 1991, 13 de mayo de 1991, 2 y 20 de octubre de 1991, 8 de noviembre de 1991 o las del TSJ del País Vasco de 20 de enero y de 25 de abril de 1991. Ciertamente, más de setecientas sentencias se pronuncian en sentido contrario, que es el que ha estimado como correcto, finalmente, el Tribunal Supremo.

(36) STS de 23 de junio de 1993 (R. Ar. 4444).

De este modo, resuelve un recurso de revisión la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1993 que, tras citar la Sentencia del Alto Tribunal de 23 de junio del mismo año, se pronuncia en idéntico sentido, para rechazar el recurso y confirmar, en este caso, que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de enero de 1991 es conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (37). Posteriormente, la Sentencia de 14 de enero de 1994, que resuelve también un recurso extraordinario de revisión del antiguo artículo 102.1.b), reproduce literalmente los fundamentos 2º y 4º de la Sentencia de 23 de junio de 1993 de modo que, después de citarla, establece la misma doctrina, declarando ajustada a Derecho la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de noviembre de 1991, que juzgó necesaria la previa existencia de vacante para que pudiese producirse el ascenso en la Escala Auxiliar del Ejército, rechazando, en consecuencia, el recurso interpuesto (38). En el mismo sentido, una Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1993 y dos de 16 de marzo de 1994, desestiman los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2, 12 y 19 de noviembre de 1991, respectivamente, que se declaran ajustadas a Derecho (39).

En sentido contrario, pero aplicando la misma doctrina, otras Sentencias del Tribunal Supremo estiman el recurso de revisión interpuesto por el Abogado del Estado contra determinadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que declararon que no era necesaria la previa existencia de vacante para que pudiera producirse el ascenso en este Cuerpo. Son, aproximadamente, quince sentencias del Tribunal Supremo, dictadas entre los meses de noviembre de 1993 y abril de 1994: una sentencia de 23, dos de 25, dos de 27 y cuatro de 29 de noviembre de 1993 (40), una de 13 de enero de 1994 (41), dos de 16, una de 19 y otra de 21 de marzo de 1994 (42) y una de 30 de abril de 1994 (43). En todas estas sentencias, el Alto Tribunal estima los recursos del artículo 102.1.b)

(37) STS de 29 de septiembre de 1993 (R. Ar. 6851).

(38) STS de 14 de enero de 1994 (R. Ar. 211).

(39) SSTs de 24 de noviembre de 1993 (R. Ar. 8818) y dos de 16 de marzo de 1994 (R. Ar. 2228 y 2231).

(40) R. Ar. 8817, 8821, 8822, 8886, 8887, 8889, 8890, 8891 y 8892, respectivamente.

(41) R. Ar. 525.

(42) R. Ar. 2229, 2230, 2233 y 2234, respectivamente.

(43) R. Ar. 3213.

de la Ley Jurisdiccional, en la redacción anterior a la reforma, anulando las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia contra las que se interpusieron, por estimarlas contrarias a la doctrina correcta sobre la necesidad de existencia de previa vacante para que se produzca el ascenso en este Cuerpo del Ejército, sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993 en un recurso de casación en interés de ley.

Lo verdaderamente importante y significativo de este caso concreto, consiste en que todas estas sentencias dictadas en virtud del viejo recurso de revisión se basan expresamente en la que resolvió previamente un recurso de casación en interés de ley.

En consecuencia, conforme a la regulación anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992, estas sentencias de órganos inferiores podían ser impugnadas por la vía del recurso de revisión establecido en el artículo 102.1.b) de la Ley de la Jurisdicción, de tal modo que el Tribunal Supremo podía establecer una doctrina que aplicara uniformemente la legislación a supuestos substancialmente idénticos, por cuanto la naturaleza casacional de este recurso y su finalidad, la unificación de doctrina, era aceptada tanto por los autores (44), como por el Tribunal Constitucional (45) y el propio Tribunal Supremo (46), para quien: «El motivo rescisorio contenido en el apartado b) del artículo 102.1, de marcado carácter casacional, tiene por finalidad homogeneizar y unificar los criterios judiciales discrepantes, para convertirlos en doctrina legal, dentro de la función complementaria del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia asigna el Código civil en su artículo 1.6 y en beneficio del principio de seguridad jurídica». Sin embargo, tras la vigencia de la Ley 10/1992, en las cuestiones de personal que no afecten a la extinción de la relación de servicio no cabe una interpretación uniformadora por parte del Alto Tribunal que tenga verdaderos efectos jurídicos, por cuanto el único recurso posible es el que concede la Ley de la Jurisdicción en interés de la ley, en virtud del cual la sentencia que dicte el Tribunal Supremo no puede rescindir o casar la sentencia impugnada y no podrá ser invocada en un ulterior recurso

(44) Vid. Fernández Pastrana, *Los supuestos del recurso de casación para la unificación de doctrina: Una necesaria reinterpretación*, cit., pág. 101, nota a pie 5, y los autores allí citados.

(45) Cfr. STC 315/1994, de 28 de noviembre (FJ 2), que habla de la naturaleza híbrida del viejo recurso de revisión que reunía, junto a algunos supuestos casacionales, otros de revisión estricta.

(46) SSTS de 22 de abril (R. Ar. 3122), 7 de mayo (R. Ar. 5147 y 5148) y 7 de julio de 1993 (R. Ar. 5734).

para la unificación de doctrina, que está expresamente excluido por el artículo 102-a.2, lo que hace que sus efectos sean meramente declarativos, pero nunca casacionales, por cuanto la sentencia «fijará en el fallo la doctrina legal» (artículo 102-b.4), pero no se concede ningún recurso por infracciones posteriores de esta doctrina legal.

Es cierto que la litigiosidad de los funcionarios públicos supone que un gran número de los asuntos de los que conocen las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional se refiera a cuestiones de personal (47). También es cierto que un buen número de los asuntos que llegaban al conocimiento del Tribunal Supremo, antes de la Reforma de 1992, versaban sobre cuestiones de personal y que, en consecuencia, el legislador haya estimado necesario reducir o limitar la posibilidad de interponer recurso de casación, tanto en estas cuestiones como en aquéllas que se consideren de escasa cuantía (48). Este problema no es exclusivo de nuestro sistema de recursos ya que, por ejemplo, en las Comunidades Europeas se creó el Tribunal de Primera Instancia, entre otras cosas, para dar solución a la alta litigiosidad de los funcionarios comunitarios y liberar, de este modo, al Tribunal de Justicia de los “staff cases”, es decir, de los asuntos de personal, que llegaron a ser hasta un tercio del total de los sometidos a su jurisdicción (49).

Pero no es menos cierto que la exclusión de esta materia del recurso de casación para la unificación de doctrina, conduce a una situación en la que el Tribunal Supremo carece de su función unificadora de la interpretación de las normas en las cuestiones de personal, lo cual puede producir

(47) Según Miguel Sánchez Mórón, si se clasifican por materias los recursos contencioso-administrativos, corresponde una primacía absoluta a las cuestiones de personal, que llegan a ser una tercera parte de los asuntos de los que conocen las Salas de este orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia. Vid. *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Instituto de España/Espasa-Calpe, Madrid, 1991, págs. 102-103.

(48) Destaca Blanquer Criado que las resoluciones jurisdiccionales que más frecuentemente se impugnan por la vía de la unificación de doctrina son aquéllas que tienen por objeto o bien cuestiones de personal o la liquidación de un tributo excluidas del recurso ordinario por razón de la cuantía. Cfr. *El llamado recurso en interés de ley: La legitimación y su fundamento extraprocésal; la postulación*, «Revista de Administración Pública», núm. 130 (1993), pág. 234.

(49) Cfr. García de Enterría: *La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: La creación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, «Noticias/CEE», Ed. CISS, núm. 50, marzo de 1989, pág. 46.

dos disfunciones. La primera, que el propio Tribunal Supremo intente forzar la dicción literal del artículo 93 con el fin de unificar, hasta donde le sea posible, la interpretación de las normas realizada por los Tribunales inferiores; en este sentido, al que no renuncia el Tribunal Supremo, se han pronunciado ya varias de sus resoluciones (50). El segundo efecto, claramente negativo, es la falta de uniformidad en las situaciones jurídicas definitivas, cuando se producen las resoluciones de los Tribunales contencioso-administrativos en supuestos en los que existe, sin embargo, igualdad substancial de circunstancias, como el caso comentado de los miembros de la Escala Auxiliar del Ejército; es evidente que, en estos casos, la inseguridad afecta tanto a los interesados como a la Administración.

Las ideas hasta aquí expuestas quedan perfectamente resumidas por el propio Tribunal Supremo, para el cual en la función unificadora de la jurisprudencia «late el propio sentido institucional del Poder Judicial, que constituido por todos los Juzgados y Tribunales, tiene, sin embargo, una organización piramidal, en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, según el art. 123.1 de la Constitución. Esta superioridad no se expresa, por supuesto, en una jerarquía que permita emitir mandatos a los órganos jurisdiccionales inferiores respecto al sentido en que deben resolver cada proceso, lo cual sería ontológicamente opuesto al principio de independencia judicial, pero tiene dos importantes manifestaciones: una, terminante, que su sentencia prevalece sobre cualquiera que se hubiese dictado en el mismo proceso; otra, más difusa, el valor como doctrina de su propia jurisprudencia, que el ciudadano tiene derecho a esperar que normalmente sea seguida y respetada como un adherente complementario del ordenamiento jurídico» (51). En lo contencioso-administrativo, el principio de unidad de doctrina fue construido, precisamente, sobre la base del artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional y «ha recibido una nueva formulación

(50) Algunas resoluciones demuestran que el Tribunal Supremo no se resiste a realizar «una interpretación extensiva y *pro actione* del artículo 93.3 de la LJCA», dentro de los estrechos límites que le ha establecido el legislador (STS de 28 de enero de 1994, R. Ar. 426), ya que la nueva redacción de la Ley de la Jurisdicción «no obsta, sin embargo, para que no debamos abandonar el tradicional criterio abierto de la interpretación en los supuestos dudosos» (ATS de 10 de febrero de 1993, R. Ar. 1423), por lo que en los recursos de cuantía indeterminada «el principio *pro actione* aconseja la admisión del recurso de casación» (STS de 18 de abril de 1994, R. Ar. 3030).

(51) SSTs de 22 de diciembre de 1992 (R. Ar. 903, de 1993), 8 de junio de 1993 (R. Ar. 5659) y 2 de febrero de 1994 (R. Ar. 2855).

del Tribunal Constitucional con el fundamento que integra el derecho a la igualdad -artículo 14 de la Constitución-, que aquí encuentra expresión como derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, y el principio de seguridad jurídica -artículo 9.3 de la Constitución- que reclama una protección de la “confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas”» (52). Es de resaltar que la ineficacia de este sistema es, incluso, reconocida por el Preámbulo de la Ley de Reforma Procesal, 10/1992, según el cual el recurso en interés de la Ley produce «una depuración de doctrina carente, sin embargo, de relevancia práctica para el caso que se enjuicia». Aunque se refiere a los efectos sobre la concreta resolución impugnada, habría que añadir que carece de toda relevancia, excepción hecha de aquélla que se deriva del principio de autoridad, que es indudable que reside en el Tribunal Supremo. Porque, en definitiva, si el Tribunal Supremo no puede en estos casos unificar con su doctrina la de los demás Tribunales, con el peligro añadido de que esta función casacional se pueda desplazar al Tribunal Constitucional, la conclusión es evidente: o se modifica el recurso para la unificación de doctrina, ya que el de casación en interés de la Ley es un recurso ineficaz, o se arbitra algún remedio que permita unificar los criterios de los Tribunales.

IV. UNA REFORMA NECESARIA.

Precisamente, esto último es lo que ha hecho la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta Ley, bajo la rúbrica de “Artículo decimotercero. Competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”, dispone que el artículo 66 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, queda redactado de la siguiente forma:

«La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos contra disposiciones y actos emanados de los Ministros y de los Secretarios de

(52) Así lo afirma la STS de 21 de septiembre de 1994 (R. Ar. 7375), con cita de las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: 1/1988, de 13 de enero; 12/1988, de 3 de febrero; 100/1988, de 7 de junio; 161/1989, de 16 de octubre; y 200/1989, de 30 de noviembre.

Estado, salvo que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entidades distintos, cualquiera que sea su ámbito territorial. Asimismo conocerá de los emanados de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, exclusivamente en las materias referidas a ascensos, orden y antigüedad en el escalafón y destinos».

Por tanto, el legislador ha preferido crear una norma especial de competencia, antes que modificar el sistema general de recursos contenido en la Ley de la Jurisdicción. El motivo para la reforma es evidente: la carrera es de tal importancia en la vida militar, como ha dicho el propio Tribunal Supremo en otras sentencias (53), que o bien se concedía recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, con lo cual se creaba un privilegio del que no gozarían los funcionarios civiles, o bien se residenciaba el conocimiento de estas causas ante un único Tribunal, solución que conducirá, en principio, a la unidad de criterios, necesaria tanto para el militar en el desenvolvimiento de su carrera, como para la Administración en el momento de tomar sus decisiones en tal materia.

Finalmente, el borrador de Anteproyecto de nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, elaborado en el seno del actual Ministerio de Justicia e Interior con fecha de noviembre de 1994, por una comisión de prestigiosos juristas, extiende la solución adoptada por el artículo 66 de la LOPJ a todo el ámbito de la Administración del Estado, al establecer la competencia de la Audiencia Nacional, que se referirá a los actos que emanen de los órganos que tengan competencia sobre todo el territorio nacional. Además, evita las imprecisiones que contiene el vigente artículo 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción, redactado por la Ley 10/1992, ya que concede recurso de casación no sólo respecto a la extinción de la relación funcionarial, sino también sobre el nacimiento de la misma, habla expresamente de funcionarios de carrera, con lo que se evi-

(53) Así lo establece en dos sentencias dictadas para resolver sendos recursos de casación en interés de la ley, en las que se pronuncia sobre los tiempos necesarios para que se produzca el ascenso al empleo superior en determinado Cuerpo, en las que se dice que la decisión jurisdiccional afecta al interés general no sólo del Cuerpo en cuestión, sino de las mismas Fuerzas Armadas en su conjunto, así como al interesado, sobre el que tiene un trascendente «efecto en el ámbito moral». Cfr. SSTs de 3 y 4 de mayo de 1994 (R. Ar. 4223 y 4227).

ta interpretaciones amplias sobre el concepto de funcionario e incluye expresamente en la excepción al personal al servicio de particulares, que es otro de los supuestos ampliatorios del artículo 93.2.a), tras la Reforma de 1992.

En definitiva, lo que está en juego es, nada menos, un principio tan importante como la seguridad jurídica, a cuya consecución obliga, además, la misma Constitución.

LA FALTA DE RESPETO A SUPERIORES Y, EN ESPECIAL, LAS RAZONES DESCOMPUESTAS Y RÉPLICAS DESATENTAS A LOS MISMOS, EN LA LEGISLACIÓN DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL*

Santiago Prados Prados
Del Cuerpo Jurídico Militar
Profesor de la Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. ANTECEDENTE.- II. NATURALEZA JURÍDICA.- III. ELEMENTOS GENÉRICOS: LOS SUJETOS.- IV. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA INFRACCIÓN DISCIPLINARIA.- V. CONSIDERACIONES FINALES.-

I. ANTECEDENTE

El Código de Justicia Militar de 1945, con idéntica redacción al de su predecesor (artículo 335 del Código de Justicia Militar de 1890) consideraba como falta leve «[...] las razones descompuestas o réplicas desatentas al superior» (art. 443).

En cambio, la falta de respeto a los superiores —públicamente— se encontraba regulada, dentro de la categoría de las faltas graves, en el apartado 19 del artículo 437. No es de extrañar esta diversa catalogación de idénticas conductas, la falta de respeto a superiores, como falta grave en el Código de Justicia Militar de 1945 y leves, actualmente, de los artículos

* Este trabajo aparecerá publicado en el Libro Homenaje que la Universidad de Córdoba elabora en memoria del que fuera Profesor de su Facultad de Derecho y Director de su Instituto de Criminología, Doctor D. Enrique Casas Barquero.

8.10 de la Ley Disciplinaria Militar (LDM) (1) y 7.14 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (LDGC) (2), si tenemos en cuenta que esta infracción se encuentra inmersa, en su nivel más liviano, dentro de las conductas contrarias a la disciplina. El amplio abanico de transgresiones a la disciplina, de insubordinaciones en este caso, y concretamente a una de sus notas esenciales —el respeto— ha motivado y motiva que se tipifiquen estas conductas calificándolas de modo diverso atendiendo a su gravedad. Así, en la legislación disciplinaria y penal militar vigente las conductas ilícitas atentatorias contra la disciplina —y, dentro de ellas, contra el deber de respeto al superior— se castigan desde la falta leve que comentamos hasta el delito [de insulto a superior: artículos 98 a 101 del Código Penal Militar (CPM) (3)], sin olvidar la falta grave de insubordinación de los artículos 9.16 de la LDM y 8.16 de la LDGC. El criterio, pues, de ubicación de estas conductas para calificarlas, atendiendo a su gravedad, ha dependido de la sensibilidad del legislador en cada momento para proteger el bien jurídico transgredido en estas infracciones.

II. NATURALEZA JURIDICA

El bien jurídico protegido en esta falta lo constituye la disciplina. Así, en las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (ILDM) (4) se incluye entre las «faltas contra la disciplina» (apart. XI. B). Del mismo modo, en el caso del delito de insulto a superior expresamente, el Código penal castrense lo sitúa en la sección 1ª, del capítulo II, del título V, bajo la rúbrica de «delitos contra la disciplina».

Para entender correctamente su naturaleza jurídica conviene detenernos, aunque sea someramente, en el concepto de disciplina. Sin entrar a

(1) El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas es el contenido en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre (BOE núm. 286, de 29 de noviembre), que entró en vigor, conforme sus Disposiciones final y transitoria 2ª, el 1º de junio de 1986.

(2) El régimen disciplinario de la Guardia Civil fue promulgado por Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (BOE núm. 145, de 18 de junio).

(3) El Código Penal Militar fue aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre (BOE núm. 296, de 11 de diciembre), no entrando en vigor, conforme su Disposición final, hasta el 1 de junio de 1986.

(4) Las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas fueron aprobadas por Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo (Apéndice al BOD núm. 103, de 30 de mayo; corrección de errores en el núm. 115, de 17 de junio).

analizar la evolución histórica del vocablo, que excedería de la pretensión de este trabajo, hay que señalar que disciplina es una noción «multívoca» (5). Qué haya de entenderse por disciplina no es nada fácil: «Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto [...]»(6). En el ámbito de las Fuerzas Armadas la disciplina, en un sentido jurídico estricto, viene a significar «[...] el conjunto de aquellos deberes que dimanen de la relación de subordinación o dependencia en que unas personas se hallan respecto a otras» (7), o, si se prefiere, como «[...] los deberes relacionados con la subordinación jerárquica, objetivamente considerados, y también se refiere al cumplimiento exacto de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores e inferiores, o sea, entendida tanto hacia arriba como hacia abajo» (8).

Si se destaca de la disciplina el aspecto concerniente al cumplimiento de los deberes dimanantes de la relación jerárquica de los inferiores con los superiores obtendremos la «subordinación». La subordinación contiene dos elementos definitorios esenciales, y advertidos por la doctrina (9), como son el respeto y la obediencia, «que el inferior ha de observar respecto al superior derivada de la estructura jerarquizada y de la disciplina que son elementos básicos de las Fuerzas Armadas» (10).

El respeto, pues, se configura como un deber fundamental del inferior hacia sus superiores; la transgresión más liviana del mismo, de «insubor-

(5) Cfr. J.M. Rodríguez Devesa, «Insubordinación», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII, Francisco Seix, Barcelona, 1968, p. 150. *Vid.*, asimismo, «Notas sobre los delitos de insulto a superior», en *II Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, Universidad de Valladolid, Burgos, 1962, y, especialmente, «La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho militar español», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 7 (1959), pp. 74-76.

(6) Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª edic., t. I, Madrid, 1992, p. 758.

(7) Cfr., J.M. Rodríguez Devesa, «Insubordinación», cit., p. 150.

(8) Cfr., E. Calderón Susán, «Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 312.

(9) Cfr., entre otros, J. M. Rodríguez Devesa, «Insubordinación», cit., p. 150; P. J. Fernández Dotú, «Insubordinación», en *Diccionario Jurídico*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 529; F. Jiménez y Jiménez, «La subordinación militar en el marco de una cooperación internacional: represión de la insubordinación», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 12 (1961), p. 69; y P. García Ballester, «Delito de insulto a superior», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, p. 1076.

(10) Sentencia del TS de 19 de septiembre de 1991 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 487).

dinaciones de menor trascendencia» (11), es la que tipifica la falta leve prevista en los artículos 8.10 y 7.14, respectivamente, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Este deber de respeto fluye constantemente a lo largo de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (12) (ROFA): «todo militar será respetuoso y leal con sus jefes» (art. 35); «no [...] tolerará ni hablará mal de sus superiores» (art. 37); «respetará a todo superior con independencia del Ejército, Arma, Cuerpo o Instituto a que pertenezca. Ningún jefe tolerará ni disimulará la falta de subordinación» (art. 38); y «pondrá gran cuidado en observar y exigir los signos externos de subordinación [...]» (art. 40).

Para los militares de empleo este deber viene determinado además en su normativa específica. Así, los artículos 30.1 del Reglamento del militar de empleo de la categoría de oficial (13) y 36.1 del Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas (14) disponen que «[...] observarán las reglas de disciplina y de respeto al orden jerárquico, características indispensables para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas».

Del mismo modo, para el militar de reemplazo se contiene genéricamente en la Ley del Servicio Militar (15) (LSM), según la cual, «el militar de reemplazo deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en las Reales Ordenanzas, tanto las de carácter general militar como las específicas de su Ejército y las propias de su condición» (art. 41). Más específicamente, el Reglamento del Servicio Militar (16) (RSM) dispone que son deberes, entre otros, «respetar a sus jefes y obedecerles en todo lo que mandaren concerniente al servicio, de acuerdo con lo previsto y con las limitaciones establecidas en las Reales Ordenanzas» (art. 10, 2, f), añadiendo, como norma de comportamiento, «obedecer y respetar a todo oficial y suboficial de cualquier Ejército, a los cabos primeros de su ejército y a los cabos de su unidad [...]» (art. 17, a).

(11) Sentencia del TS de 19 de enero 1993 (*Boletín Judicial Militar* núm. 5, p. 94).

(12) La Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas fueron promulgadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre (*BOE* núm. 11, de 12 de enero de 1979, con corrección de errores en el núm. 34, del 8 de febrero).

(13) Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo (*BOE* núm. 88, de 13 de abril).

(14) Real Decreto 984/1992, de 31 de julio (*BOE* núm. 209, de 31 de agosto).

(15) Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre (*BOE* núm. 305, de 21 de diciembre).

(16) Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio (*BOE* núm. 172, de 20 de julio).

III. ELEMENTOS GENÉRICOS: LOS SUJETOS

A. *El sujeto activo*

El sujeto activo de esta infracción, como en todas, es un militar, bien perteneciente a las Fuerzas Armadas bien a la Guardia Civil.

a) Por un lado, y de modo genérico, la LDM dispone que «están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares de carrera y los militares de empleo que mantienen una relación de servicios profesionales, salvo que, según lo previsto en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (LPMP), pasen a situaciones administrativas en las que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares» (art. 3.1 LDM).

a') Puede ser autor de la falta disciplinaria cualquier militar de carrera que se encuentre en las siguientes situaciones: servicio activo, disponible, servicios especiales [supuestos d) o e) del art. 99.1 LPMP (17)], en excedencia voluntaria (supuestos 2 y 3 del art. 100 LPMP (18)), suspenso de empleo, suspenso de funciones o en la reserva.

Con respecto a la «reserva activa», las ILDM establecen su sujeción a la Ley Disciplinaria militar (apart. III.A.5). El Tribunal Supremo ha señalado que esta situación administrativa no implica la exclusión del ámbito disciplinario, por cuanto que se trata de una situación de «actividad» hasta pasar a la situación de retirado (19). De cualquier modo, esta situación se encuentra extinguida desde la entrada en vigor de la LPMP, según la cual «los militares de carrera que se encuentren en la situación de reserva activa pasarán a la reserva, conservando el derecho a un ascenso que tuvieran adquirido [...]» (Disp. Adicional 8ª.2 LPMP).

Igualmente, las ILDM sujetan a la Ley Disciplinaria al militar en la «reserva transitoria», aunque sólo durante los tres primeros años (apart.

(17) Previstos reglamentariamente en el art. 26 apartados d) y e) del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre (BOE núm. 273, de 14 de noviembre), por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional. Su inclusión en el ámbito disciplinario viene determinado, por omisión, en los artículos 98.3 de la LPMP y 29.2 del Real Decreto 1385/1990.

(18) Supuestos previstos en los artículos 36 y 37 del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre. La sujeción al régimen disciplinario viene establecido, por omisión, en los artículos 100.9 LPMP y 40.2 del propio R.D. 1385/1990.

(19) Sentencia del TS de 24 de enero de 1991 (*Actualidad Administrativa*, núm. 17/1991, ref. 269).

III.A.5). Esta situación «permanecerá durante el período de adaptación requerido por la Leyes de plantillas de las Fuerzas Armadas [...]» (Disp. Adicional 8ª.3 LPMP y Disp. Transitoria 9ª del Real Decreto 1385/1990).

Por otra parte, a pesar de que la LPMP, en sus artículos 99.3 y 100.9 (20), sujeta, por exclusión, a las leyes penales y disciplinarias al militar de carrera en situación de servicios especiales [art. 99.1 d) y e) LPMP] o de excedencia voluntaria (supuesto del art. 100.3 LPMP), la doctrina se mantiene crítica al respecto y cuestiona, no sin razones, dicha sujeción (21).

b') Del mismo modo, los militares de empleo estarán sometidos al sistema general de derechos y obligaciones del militar profesional de carrera hasta la finalización o rescisión del compromiso, tras la cual pasan a la situación de reserva del servicio militar, en la que dejan de estar sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares.

Expresamente, y con idéntica redacción, los Reglamentos del militar de empleo de la categoría de oficial (art. 29.1) y el de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas (art. 35.1) disponen que «[...] están sujetos al régimen general de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares».

Conforme los artículos 110 de la LPMP y 59 del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, sólo puede ser autor de esta infracción disciplinaria el militar de empleo que se encuentre en las siguientes situaciones administrativas: servicio activo, disponible, suspenso de empleo, suspenso de funciones y excedencia voluntaria (supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 100 LPMP).

Por otro lado, la LDM dispone que «a los militares de reemplazo les será de aplicación durante la prestación del servicio militar» (art. 3.2 LDM). La normativa aplicable se encuentra en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, según la cual, «los militares de reemplazo están [...] sujetos al régimen general de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares» (art. 40.1 LSM). Esta ley se encuentra desarrollada por el Reglamento de Reclutamiento (RRSM), aprobado por Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio, y por el Reglamento del Servicio Militar (RSM), en vigor por Real Decreto 1410/1994, de 25

(20) Y en los artículos 29. 2 y 40. 2 del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre.

(21) Cfr. A. Millán Garrido, «El concepto de "militar profesional" a efectos penales y la Ley 17/1989, de 19 de julio», en *La Función Militar en el actual ordenamiento constitucional español*, ed. de M. Ramírez Jiménez, dir. por F. López Ramón y coord. por J. Fernández López, Trotta, Madrid, 1995, pp. 67 y 68.

de junio, disponiendo éste al respecto que «el militar de reemplazo estará sujeto a la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas» (art. 11.1 RSM).

Además de los militares profesionales y de reemplazo, la LDM es también de aplicación «a los españoles que se incorporen a prestar servicio en las Fuerzas Armadas, por aplicación de la legislación reguladora de la movilización nacional» (art. 3.2 LDM).

Finalmente, están sujetos al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas los alumnos de los centros docentes militares de formación (Disp. Adicional 3ª LDM), si bien con las peculiaridades de tipo orgánico y procedimental que se determinan en esta Disposición Adicional y expresamente reguladas en el artículo 24 de la Orden 43/1993, de 21 de abril (BOE núm. 101, de 28 de abril), sobre Régimen del Alumnado de los Centros docentes militares de formación, consistentes, fundamentalmente, en el cumplimiento de las sanciones en el propio centro, sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas, y el resultado del expediente disciplinario que se incoe por falta grave, que podrá conllevar la baja del alumno en el centro docente militar, correspondiendo al Secretario de la Administración Militar la imposición de esta sanción, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso ante el Ministro de Defensa.

b) El sujeto activo en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil viene determinado por el artículo 2º de su Ley reguladora.

a') «Están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los guardias civiles comprendidos en cualquiera de las situaciones administrativas en la que mantengan los derechos y obligaciones inherentes a la condición de militar» (art. 2.1 LDGC). Al no dictarse aún el régimen de personal propio de este Instituto, deben entenderse aplicables las situaciones administrativas previstas en la Ley 17/1989, y en consecuencia cuanto se dijo más arriba, con la excepción de la situación de reserva, pendiente de la determinación de las edades en que se alcance esta situación en el Cuerpo (22). Es de señalar que el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, excluye expresamente a la Guardia Civil de su ámbito, al determinar que «hasta tanto no se desarrolle reglamentariamente el régimen

(22) Cfr. J. del Olmo Pastor, «Ámbito material subjetivo de aplicación», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1993, p. 42.

jurídico sobre la adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, seguirá rigiéndose por las disposiciones hasta ahora en vigor» (Disp. Transitoria 13ª).

b') Están igualmente sujetos a la Ley «los guardias civiles auxiliares mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas» (art. 2.1 *in fine* LDGC). A este respecto, la Ley del Servicio Militar dispuso que «hasta que se determine reglamentariamente el régimen de los militares de empleo en la Guardia Civil y por un período máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se mantendrá el voluntariado especial en la Guardia Civil» (Disp. Transitoria 4ª LSM), por lo que debe entenderse que tal voluntariado se encuentra en la actualidad extinguido, sin que, no obstante, se haya promulgado el específico régimen de los militares de empleo al servicio del Instituto armado.

c') Los alumnos de los centros docentes de formación quedan excluidos del ámbito subjetivo de la Ley, por cuanto «se les aplicarán sus reglamentos disciplinarios específicos, los cuales deberán adecuarse a lo regulado en la presente Ley» (art. 2.2 LDGC). Su régimen disciplinario, pues, deberá ser objeto de una regulación específica que se adecuará a la Ley Disciplinaria del Cuerpo.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina (23) una discordancia normativa entre el criterio adoptado por la LDGC y el artículo 3.3 y Disp. Adicional 3ª de la LDM tras las modificaciones introducidas por la Ley del Servicio Militar, ya que según éstas, como se dijo, los alumnos de los centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas están sujetos a la LDM sin perjuicio de las infracciones de carácter académico, lo que equivale a que, en la práctica, estén sometidos a una dual regulación: el régimen disciplinario de la Ley 12/1985 y los reglamentos específicos de carácter interno propios de los centros de formación en lo que afectan a las infracciones académicas.

B. *Sujeto pasivo*

El titular del interés jurídicamente lesionado por esta infracción disciplinaria es el Estado, cuyas misiones encomendadas, en el artículo 8º de

(23) Cfr. A. Millán Garrido, *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992, p. 47.

la Constitución, a las Fuerzas Armadas como institución, quedan genéricamente afectadas.

Específicamente, los regímenes disciplinarios tienen por objeto «garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes de mando y el respeto al orden jerárquico» (art. 1º LDM), o, en términos similares, «garantizar la observancia de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución, así como el cumplimiento de la órdenes de conformidad con su carácter de instituto armado de naturaleza militar y estructura jerarquizada» (art. 1º LDGC).

Distinto al sujeto pasivo es el objeto material sobre el que recae la acción disciplinaria, que es el superior, afectado en su dignidad o integridad moral. Si aceptamos la aplicabilidad de los principios y definiciones contenidos en el Código penal militar a las leyes disciplinarias (24), obtendremos el concepto de superior: «el militar, que respecto a otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones» (art. 12.1 CPM).

Las características de este concepto, excesivamente técnico, son, por un lado, la condición de militar del superior, por otro y más esencial, el ejercicio de la autoridad, mando o jurisdicción con respecto al subordinado. Quiere esto último decir que según la definición del Código penal castrense no basta para ser superior ostentar jerárquicamente un empleo militar más elevado, es requisito *sine qua non* ejercer autoridad, mando o jurisdicción, bien por un empleo jerárquicamente más elevado bien por el cargo o función desempeñado por el superior, como titular o sustitución.

Como ha apuntado acertadamente algún autor «es así perfectamente posible que un militar de superior graduación no sea superior de otro de empleo inferior, si entre ellos no existe relación alguna de servicio que implique autoridad, mando o jurisdicción de uno sobre el otro. Y también se puede dar el caso de un militar que es superior de otro de igual o, incluso, superior empleo, por razón del cargo o función que desempeñe, si le confiere autoridad, mando o jurisdicción» (25).

(24) Cfr., entre otros, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 173-174, y J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 55.

(25) Cfr., J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Superior», en *Diccionario Jurídico*, cit., p. 948. Asimismo, J. M. Rodríguez Devesa, «Ins subordinación», cit., p. 151.

Ello puede dar lugar a una cierta disfunción en el caso de las clases de tropa y marinería, toda vez que según la Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (26) «desde su incorporación a filas obedecerá y respetará a todo oficial y suboficial de cualquiera de los Ejércitos; a los cabos de su propia unidad, buque o dependencia, y a todo aquel que le estuviera mandando, sea de guardia, destacamento u otra función del servicio» (art. 50 ROFA), lo que debe solucionarse atendiendo en todo momento al estricto orden jerárquico castrense en vía disciplinaria, que no se verá afectado necesariamente por la fórmula del artículo 12 del Código penal militar (27).

IV. ELEMENTOS ESPECIFICOS DE LA INFRACCION DISCIPLINARIA

Los artículos 8.10 de la LDM y 7.14 de la LDGC contienen tres supuestos: la falta de respeto, las razones descompuestas y las réplicas desatentas.

a) Respeto es miramiento, consideración, deferencia. «La palabra “respeto” tiene, etimológicamente, un doble significado: el de acatamiento a lo que dispone, y el de observancia de la consideración debida. La irrespetuosidad o falta de respeto, tanto puede referirse a uno como a otro significado» (28).

Lo esencial para considerar la falta de respeto como una infracción disciplinaria de carácter leve es valorar la gravedad o importancia, la entidad de la misma, atendiendo a sus circunstancias. Lo que aquí se sanciona es la ligera, la simple irrespetuosidad. Consiste en el ataque al buen nombre o prestigio del superior, que puede manifestarse de múltiples formas: el comentario despectivo al superior o su conducta, el desacreditarle, la desconsideración o la burla. Nunca debe ser tan grave como una insubordinación ya que daría lugar a la falta grave prevista en los artículos 9.16 de la LDM y 8.16 de la LDGC.

(26) El artículo 18 de la LDM dispone que «todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el Ejército, Arma o Cuerpo al que pertenezcan». En cambio, el artículo 18 de la LDGC se adecua de forma acertada al concepto penal de superior empleando el término «mando».

(27) Cfr. E. Calderón Susín, «El concepto de superior», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 274-275.

(28) Sentencia TS de 27 de abril de 1993 (*Boletín Judicial Militar*, núm. 6, p. 149).

Debe destacarse que no es necesaria la presencia física del superior para que se produzca la falta de respeto.

En mi opinión, afirmaciones como «si el hecho llegase a integrar injurias, sería el delito de insulto a superior del artículo 101 del CPM (29)» o «no requiere la gravedad de la injuria ni el ánimo o intención de hacerlo (30)» deben ser matizadas. El artículo 101 del Código penal militar sólo castiga al «militar que [...] injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior». No tengo inconveniente en compartir dichas afirmaciones para los supuestos de acciones injuriosas que consistan en réplicas desatentas o razones descompuestas, que, como se verá, exigen la presencia física del superior, pues constituirán en todo caso el tipo delictivo del artículo 101 del Código castrense. Sin embargo, ¿qué ocurre en los supuestos injuriosos de falta de respeto cuando se cometan sin la presencia del superior, no escritos o sin publicidad, como exige el tipo penal citado?. Sin duda, integrarán ilícitos disciplinarios y, de ellos, atendiendo a su gravedad, el de la falta leve analizada, si se tiene en cuenta, además, el concepto sustancial de injurias livianas que conforma el artículo 586.1º del Código penal, si bien, al quebrantarse en aquélla un bien jurídico, la disciplina, primordial en el seno de las Fuerzas Armadas y cualitativamente distinto al del honor del Código ordinario, deberán castigarse con el mayor rigor que permite la Ley Disciplinaria, esto es, como falta grave de subordinación (31), máxime cuando expresamente ésta añade: «cuando no constituya delito».

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado que en modo alguno cabe extrapolar, sin más, usos o modos sociales, conceptos vulgares coloquiales de menosprecio, al seno de las Fuerzas Armadas, de una institución jerarquizada, cuyo pilar básico es la disciplina (32).

Es evidente la conexión existente con las faltas leves de «hacer peticiones o reclamaciones en forma o términos irrespetuosos [...]» (arts. 8.12 LDM y 7.15 LDGC) y «realizar actos levemente irrespetuosos contra [...] las Autoridades y Mandos Militares» (art. 8.28 LDM).

Finalmente, ha de reprocharse al legislador la reiteración de esta conducta en el «cajón de sastre» que constituye el número 33 del artículo 8 de la LDM, a tenor del cual se castigan como falta leve «las demás que [...] constituya[n] ligera irrespetuosidad para con los Jefes y superiores».

(29) Cfr., J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, cit., p. 156.

(30) Cfr., L. B. Alvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 100.

(31) Vid. P. García Ballester, «Delito de insulto a superior», cit., pp. 1223 y 1230.

(32) Sentencia de 19 de enero de 1993 (*Boletín Judicial Militar*, núm. 5, p. 94).

b) Como acertadamente señala Rojas Caro (33) la razón descompuesta «es aquella en la que existe un componente psicológico por parte de quien replica, pues envuelve cierto grado de falta de compostura, de falta de medida o equilibrio en la réplica o contestación, que en ocasiones va acompañada de un inmoderado acaloramiento». Razones descompuestas son los malos modos, la gesticulación corporal, al exponer motivos o razones contra una orden o comentario del superior, el tono o los ademanes que devienen inadecuados o descorteses.

A diferencia de la falta de respeto, aquí sólo puede producirse en relación directa con el superior y no fuera de su presencia o en relación a terceros.

Las razones descompuestas nunca pueden llegar a ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar al superior, pues comprendería el delito tipificado del artículo 100 del Código Penal Militar.

c) En las réplicas desatentas priman las palabras o expresiones inadecuadas, fuera de lugar, desconsideradas, ineducadas, groseras, despectivas o retadoras, provenientes normalmente de contestaciones a órdenes recibidas, indicaciones o llamadas de atención del superior. También pueden integrarse la falta de atención o corrección hacia él.

Al igual que las razones descompuestas, requieren la presencia física del superior, que es el destinatario de las mismas.

En cualquiera de las tres supuestos contemplados hay que tener en cuenta la conducta previa del superior (provocación o familiaridades) como circunstancia motivadora o no de la falta, a efectos de graduar la sanción que se impone (34).

El sujeto activo debe conocer la concurrencia en el superior de esa condición, y de la relación de subordinación existente entre ambos, como elemento subjetivo del tipo disciplinario, por lo que, en caso contrario, quedaría excluido de éste, sin perjuicio de que el hecho pudiese integrar una injuria liviana del artículo 586.1º del Código penal ordinario.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Debe señalarse que la principal dificultad para la determinación de esta falta la constituye la amplia gama de conductas integrantes del concep-

(33) Cfr., J. Rojas Caro, *Derecho disciplinario Militar*, cit., p. 156.

(34) Cfr. L. B. Alvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, cit., p. 100.

to genérico de insubordinación. Los múltiples comportamientos contrarios a la disciplina hacen que las fronteras sean difusas entre una calificación y otra, fundamentalmente con la falta grave de insubordinación, cuando no constituya delito (art. 9.16 LDM y 8.16 LDGC), lo que conlleva el problema de encontrar criterios que permitan discernirla acudiendo a la gravedad de las conductas y a las circunstancias de las mismas, nunca favorables a la necesaria seguridad jurídica (35).

Finalmente, si la falta describe tres supuestos, puede suceder, por la evidente conexión entre ellos, que una misma actuación del subordinado pueda incurrir en dos o tres. ¿Motiva esto sanciones distintas para cada uno de ellos?. La solución, en mi opinión, vendría dada acudiendo a la unidad de tiempo y lugar de los hechos.

(35) Cfr. E. Calderón Susín, «Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia», cit., p. 342.

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

**MINISTERIO DE JUSTICIA
E INTERIOR**

REAL DECRETO 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.

(Del BOE núm. 64, de 16-3-1995)

**MINISTERIO DE LA
PRESIDENCIA**

ORDEN de 15 de marzo de 1995, por la que se aprueban las normas de coordinación entre la circulación aérea general y la circulación aérea operativa.

(Del BOE núm. 68, de 21-3-1995)

**MINISTERIO DE
ASUNTOS EXTERIORES**

RESOLUCIÓN de 10 de mayo de 1995, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

(Del BOE núm. 123, de 24-5-1995)

JEFATURA DE ESTADO

LEY ORGANICA 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio.

(Del BOE núm. 113 de 12-5-1995)

JEFATURA DEL ESTADO

LEY 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(Del BOE núm. 119, de 19-5-1995)

LEY ORGÁNICA 5/1995, del Tribunal del Jurado.

(Del BOE núm. 122, de 23-5-1995)

**MINISTERIO DE
ECONOMIA Y HACIENDA**

REAL DECRETO 827/1995, de 29 de mayo, por el que se modifica parcialmente el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre.

(Del BOE núm. 142, de 15-6-1995)

LEY 18/1995, de 1 de junio, de Cruces de Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico.

(Del BOE núm. 131, de 2-6-1995)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

REAL DECRETO 1167/1995, de 7 de julio, sobre régimen de uso de los aeródromos utilizados conjuntamente por una base aérea y un aeropuerto y de las bases aéreas abiertas al tráfico civil.

(Del BOE núm. 177, de 26-7-1995)

MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

REAL DECRETO 1169/1995, 7 de julio, por el que se modifica la estructura orgánica del Centro Superior de Información de la Defensa.

(Del BOE núm. 162, de 8-7-1995)

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 1323/1995, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Cruces

del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico y otras normas sobre recompensas militares.

(Del BOD núm. 164, de 23-8-1995)

REAL DECRETO 1324/1995, de 28 julio, por el que se establece el Estatuto del personal del Centro Superior de información de la Defensa.

(Del BOD núm. 164, de 23-8-1995)

REAL DECRETO 1492/1995, de 8 de septiembre, por el que se establece los requisitos españoles para la concesión y uso de la Medalla OTAN por la participación en operaciones de paz.

(Del BOE núm. 233 de 29-9-1995)

JEFATURA DEL ESTADO

INSTRUMENTO de adhesión de España al Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte, hecho en París el 28 de agosto de 1952.

(Del BOE núm. 228, de 23-9-1995)

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Antonio Mozo Seoane
General Auditor
Profesor Titular D.º Admivo.

Sentencia 72/1994, de 3 de marzo. Pleno. («BOE» núm. 71, 24 de marzo 1994).

Cuestión de inconstitucionalidad 1.494/1988.

Materia: art. 1 a) del Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, por el que se rige la redención de penas por el trabajo en los establecimientos militares, en relación con los arts. 14 y 25.2 de la Constitución.

Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado Togado Militar Territorial núm. 41, de La Coruña, plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 1 a) del Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, que establece:

“Podrán redimir su pena por el trabajo, conforme a lo prevenido en el art. 100 del Código penal, los penados que deban cumplir en establecimientos militares condenas impuestas:

a) Por delitos definidos en el Código de Justicia Militar, cuando produzcan la salida definitiva de los Ejércitos”.

Señala el Juzgado proponente, en síntesis, que el precepto mencionado, al dejar fuera de los beneficios que prevé, tanto a los presos preventivos —a diferencia de lo dispuesto el art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria— cuanto a aquellos otros reos que aún tengan la condición de militares, vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E.

A juicio del órgano judicial militar, la discriminación contenida en la normativa penitenciaria militar aludida es todavía más patente si se tiene en cuenta que el art. 78 del Real Decreto 3.331/1978 establece la absoluta obligatoriedad del trabajo en dichos Centros Penitenciarios militares.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

4. En cuanto a los argumentos de estricta constitucionalidad esgrimidos para sostener la nulidad del precepto, debemos limitarnos al derecho a la igualdad del art. 14. C.E., puesto que la alegada vulneración del art. 25.2 C.E., citado sin desarrollo argumental alguno, sólo puede entenderse en conexión con el art. 14 C.E. En efecto, del art. 25.2 C.E., y, en concreto, de la referencia que en el mismo se hace a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social no puede extraerse un derecho a un régimen de redención de penas por el trabajo. El problema no se centra en la valoración abstracta de si es legítimo o no excluir un régimen de redención de penas por el trabajo, sino en si, existiendo una regla general en el ordenamiento de reconocimiento de este beneficio, que puede estar ciertamente inspirada en el art. 25.2 C.E., es legítima, a la luz del art. 14 C.E., una excepción o exclusión como la que establece el precepto cuestionado para lo penados que deban cumplir en establecimientos militares condenas impuestas por delitos definidos en el Código de Justicia Militar cuando no produzcan la salida definitiva de las Fuerzas Armadas.

5. Hemos, pues, de analizar la norma cuestionada desde la perspectiva del art. 14 C.E. El Juez militar proponente y el Ministerio Fiscal 'estiman que la norma ignora el art. 14 C.E. porque introduce una diferenciación de trato, no entre presos comunes y presos militares, sino entre estos últimos, en función de que la condena impuesta sea o no compatible con su permanencia en el Ejército. En este mismo sentido se expresa la Exposición de Motivos de la norma, que justifica la exclusión del beneficio de aquellos que conservan su condición, de militares en atención a que, para éstos, el mantenimiento de la disciplina impone que las penas deban «en principio, cumplirse con rigor». También el Abogado del Estado mantiene que debe valorarse la diferencia de trato, para responder adecuadamente a la cuestión, desde esta perspectiva, que vincula directamente el tratamiento

peyorativo de los penados que conserven la condición de militares a la peculiar estructura jerárquica y disciplinaria de los Ejércitos.

En este caso, los elementos de diferenciación son más complejos; puesto que el art. 100 C.P. introduce una regla general, la exclusión de un determinado colectivo de presos —de su ámbito de aplicación ha de tificarse atendiendo a las peculiaridades concurrentes en aquél, si comparado con el conjunto de destinatarios de la norma, sin que sea válido tomar como términos de comparación sólo a otros presos militares, que, por resultar incluidos en el beneficio en el beneficio del art. 100 C.P. integran también el supuesto hecho de la regla general. Centrada así la cuestión, el rasgo diferencial que, concurre en el colectivo excluido respecto de todos los demás sujetos destinatarios del beneficio, es el hecho de que los presos excluidos conservan su condición de militares, por no haberle sido impuesta la pena de separación del servicio.

Este Tribunal ha admitido que los rasgos organizativos, del Ejército —inherentes a su función— justifican peculiaridades del régimen penal penitenciario del personal que lo integra, cuando se demuestra adecuadamente la conexión entre la diferencia de trato examinada y la salvaguardia de aquellos valores, imprescindibles para que la institución militar conserve sus perfiles (STC 97/1985). En este sentido, la STC 180/1985 ha considerado no discriminatoria la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena por entender que este trato de desfavor se orientaba, de modo manifiesto, «a, preservar y reforzar mediante una mayor severidad para', con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina», y que, esta finalidad de la norma y la delimitación personal que a la misma se liga no podían considerarse contrarias al art 14 C.E.

De acuerdo con esa doctrina, hemos de examinar si las exigencias específicas de Unidad y disciplina de los Ejércitos justifican esta diferencia de trato que se ha de subrayar, un trato de desfavor. En estos supuestos este Tribunal ha exigido que se pongan de manifiesto una relación estrecha o directa entre la medida restrictiva de que se trate y el logro de aquellos fines, pues «cuando tales principios y valores no se ven comprometidos», la «Fisura» abierta en el derecho constitucional «aparece falta de fundamento» (SSTC 97/1985, fundamento jurídico 4.º, 76/1982, 97/1984 ó 33/1985, entre otras). Lo cual no es sino una aplicación específica de la doctrina general que, desde la STC 22/1981, ha venido manteniendo que el principio de igualdad en Ley es vulnerado cuando la norma introduce una diferenciación de trato carece de justificación objetiva y razonable, valorada en atención a la naturaleza de la medida y la finalidad persegui-

da con ella, exigencia de justificación que ha de ser más rigurosa cuando, como en el presente caso, se trata con toda claridad de una excepción a lo que es la regla general en el conjunto del ordenamiento y también dentro del propio régimen penal y penitenciario de los Ejércitos, y que puede conectarse con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad (art. 25.2 C.E.).

6. El art. 1 a) del Decreto-ley de 1 de febrero de 1952 establece un beneficio penitenciario que tiende a «mitigar el rigor material de la extensión de la condena» (STC 94/1986, fundamento jurídico 2.º). Opera, por tanto, sobre el cómputo temporal de ésta, no sobre la forma en que ha de cumplirse, siendo compatible —o aun exigiéndose— que el recluso esté privado efectivamente de libertad hasta que la pena se haya cumplido íntegramente. En esta forma de operar el beneficio se encuentra una diferencia relevante con el supuesto de hecho de la STC 180/1985, que impide extender al caso sus conclusiones, puesto que en aquélla se partía del supuesto contrario, de conservación de la libertad del condenado cuando no se había extinguido la responsabilidad penal; esto es, de neutralización del cumplimiento de la pena, siquiera fuese temporalmente. La disciplina militar —se dijo entonces— puede justificar, en consecuencia, que la pena haya de cumplirse sin atenuaciones en la privación de libertad, ni mitigación alguna de las condiciones de ésta en cuanto dure. Pero de esta doctrina no puede extraerse, como consecuencia necesaria, la aptitud de la mera invocación del valor disciplina militar para justificar, sin más, la diferencia de trato en el cómputo de la pena a que se contrae el precepto cuestionado.

Los términos del debate han de centrarse en la razonabilidad, a la luz del art. 14 C.E., de la diferencia de trato de los presos que conserven la condición de militares respecto de los restantes (militares o no), en la exclusión de aquéllos del beneficio de redención de penas por el trabajo; y en si la disciplina militar puede justificar por si misma esta diferenciación excluyente. No existiendo dudas de la constitucionalidad de un régimen penal y penitenciario específico de la institución militar, ha de estar de acuerdo con el Ministerio Fiscal cuando afirma que la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la institución militar, ya han sido apreciadas por el legislador desde el momento mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro, aparejando a estos delitos la pena de separación del servicio.

Teniendo esto en cuenta, no resulta aceptable el vínculo entre la exclusión del beneficio considerado y los valores a los que se dice que, sir-

ve, cuando el legislador ha proyectado la exclusión sobre penados en establecimientos militares, condenados por delitos que no han tenido entidad suficiente para provocar su expulsión del Ejército, pero al mismo tiempo no ha tenido inconveniente en conceder ese beneficio a tales penados, por delitos que han tenido entidad suficiente como para provocar tal expulsión. No cabe duda de que el legislador ha establecido una distinción de carácter objetivo pero que no es razonable, por injustificada en relación con la naturaleza de la medida y los fines perseguidos con ella. En efecto, el valor disciplina militar no puede ser el elemento justificativo de una excepción como la que ahora se examina, cuando la propia apreciación hecha por el legislador al determinar las penas muestra que ésta no estaba gravemente afectada por el delito cometido, reapareciendo sin embargo como elemento determinante del agravamiento del régimen penitenciario, cuando no lo fue al fijarse la sanción. O, en otros términos, no puede vincularse el goce de un beneficio a la imposición o no de la pena de separación del servicio, haciéndose descansar este vínculo en el juego contradictorio de un mismo valor, que en un caso no se considera suficientemente afectado (cuando no se impone en la pena mencionada) y que en el otro es elevado a criterio determinante para justificar el endurecimiento del régimen penitenciario.

De todo lo anterior se desprende que la norma cuestionada ha implantado una exclusión a la generalidad del beneficio penitenciario que 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.

Así pues, quebrada la relación de la diferencia de trato con la directa tutela de la institución militar —única que podría justificarla desde la perspectiva constitucional—, es la condición profesional del penado el factor determinante de la diferenciación, y este factor no puede ser de por sí relevante a estos efectos. El fin procurado por la norma y la delimitación personal que al mismo se liga aparece desprovisto de razón suficiente para justificar la diferenciación, que por ello ha de considerarse contraria al art. 14 C.E.

En atención a todo lo expuesto, puede concluirse que la diferencia de trato a que se contrae la norma cuestionada es contraria al art. 14 C.E.

7. Una última observación es preciso hacer en relación con el contenido del fallo. Ya se ha dicho que el precepto impugnado introduce una

diferencia carente de justificación objetiva y razonable, y por tanto rechazable por contradictoria con el mandato del art. 14 C.E. Pero no es preciso, para reestablecer la igualdad, declarar la nulidad de todo el apartado a) del art. 1 de Decreto-ley de 1 de febrero de 1952. En la medida en que, como se ha visto, la diferencia ilegítima se produce por la exclusión de ciertos penados del beneficio de redención de las penas por el trabajo, y que el precepto introduce la diferencia mediante el enunciado expreso del concreto vínculo de sujetos a quienes sí alcanza el beneficio, bastará con suprimir esta referencia, en concreto, el inciso «cuando produzcan la salida definitiva de los Ejércitos» para reestablecer la igualdad vulnerada.

III. FALLO

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 41 de La Coruña y declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso final «cuando produzcan la salida definitiva de los Ejércitos») del apartado a) del art. 1 del Decreto-ley de 1 de febrero de 1952, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 175/1965, de 21 de diciembre.

Sentencia 204/1994, de 11 de julio. Sala Primera («BOE» n.º 185, de 4 de agosto 1994)

Recursos de amparo 1949/1991 y 548/1992 (acumulados).

Materia: Supuesta vulneración de los derechos a Juez Ordinario y a un proceso con todas las garantías. Estatuto jurídico del Juez Togado Militar

Ponente: Sr. Cruz Villalón.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Don Manuel Blázquez Solís y don José Antonio Escalada Fernández prestaban el servicio militar obligatorio en las corbetas «Vencedora» e «Infanta Elena», respectivamente, cuando, debido al proyectado envío de dichos buques a la zona del Golfo Pérsico, tomaron la decisión de ausentarse de su unidad. El 4 de abril de 1991 resolvieron poner fin a su ocultamiento y presentarse voluntariamente ante el Juzgado Togado Militar

núm. 32 (Barcelona), acordándose desde esa fecha su detención y posterior ingreso en un centro penitenciario militar bajo la acusación de delito de deserción (diligencias preparatorias núms. 18/3/91 y 18/2/91, respectivamente, del Juzgado Togado Militar núm. 18, radicado en Cartagena). En el mismo día de su presentación y detención, y con asistencia letrada, manifestaron que se negaban a seguir prestando el servicio militar.

Puestos en libertad provisional mediante sendos Autos de 3 de julio de 1991, los actores no se presentaron en su destino, manteniéndose en ignorado paradero, por cuyo motivo se incoaron las diligencias preparatorias núms. 18/129/91 y 18/140/91, respectivamente, también por presunto delito de deserción. Con fecha de 5 de agosto, se dictaron Autos por los que se reformaron los del 3 de julio anterior, acordándose la prisión preventiva rigurosa comunicada de los demandantes, así como su búsqueda y captura y llamamiento por requisitoria.

El 22 de julio de 1991, los demandantes interesaron la nulidad de todas las actuaciones practicadas, por estimar vulnerado su derecho de defensa y a ser juzgados por autoridad judicial independiente e imparcial. A través de Autos de 9 de septiembre de 1991, el Juzgado denegó las peticiones de nulidad formuladas, resolviendo, por Autos de 11 de septiembre, declarar concluidas las diligencias preparatorias núms. 18/2/91 y 18/3/91.

Frente a los Autos citados de 5 de agosto y 9 de septiembre de 1991 dedujeron los actores sendos recursos de apelación, los cuales fueron desestimados por Autos de la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero, de 9 de octubre de 1991, a los que se formuló un voto particular concurrente. Dichos Autos resultaron confirmados en súplica por los de 3 de febrero de 1992.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

4. Los recurrentes solicitan el amparo de sus derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) en un procedimiento seguido ante la jurisdicción militar, por lo que la primera duda que debe quedar despejada es la relativa a si los derechos fundamentales del art. 24 son invocables frente a esta jurisdicción. El reconocimiento por la Constitución, y ésta es la primera afir-

mación que debe consignarse, de una «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 C.E, inciso 2.º) no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. El propio art. 117.5, inciso segundo, C.E. solo prevé la existencia de una jurisdicción militar «de acuerdo con los principios de la Constitución», entre los cuales ocupa una posición central el que se traduce en el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. La jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º; 180/1985, fundamento jurídico 2.º; 60/1991, fundamento jurídico 4.º) ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva. Esta misma idea se encuentra corroborada, en negativo, por el art. 117.6 C.E. cuanto al declarar lapidariamente que «se prohíben los Tribunales de excepción», excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Quiere ello decir, más concretamente, que en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar son plenamente exigibles los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derechos que, con arreglo al art. 10.2 C.E., no deben ser interpretados en contradicción, particularmente, con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial» (art. 6.1 C.E.D.H.). La cuestión de si la independencia del órgano judicial debe ser enmarcada en el ámbito del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley o en el del derecho a un proceso con todas las garantías es, efectivamente, secundaria, como concluye el Abogado del Estado; al ser la independencia una nota inherente a cualquier jurisdicción, debe considerarse inserta en el concepto previo de tutela judicial (art. 24.1 C.E). El art. 117.5 C.E, dijimos en la STC 60/19, «ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Militar. Impone al Legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa ... » (fundamento jurídico 3.º).

5. Es en este punto donde se inserta la demanda de amparo que, como ha quedado expuesto, niega que los órganos judiciales integrantes de la jurisdicción militar, con la excepción de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, y particularmente el Juez Togado Militar que ha dictado las re-

soluciones objeto del recurso de amparo, ostenten el carácter de Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2), con los inherentes atributos de independencia e imparcialidad. En particular, el Juez Togado pertenece al Cuerpo Jurídico de la Defensa, y no al «Cuerpo único» exigido por el art. 122.1 C.E. De otra parte, no sería Juez independiente del poder ejecutivo por estar sometido como militar a la potestad disciplinaria de sus mandos superiores, al menos cuando no actúa en el ejercicio de su cargo (art. 122 de la L.O. 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y art. 32 de la L.O. 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas). El Juez Togado, en fin, no gozaría de inamovilidad plena puesto que la Administración militar «conserva dispositivos para hacerla ineficaz», tales como el ascenso que comporta la pérdida del destino. En suma, si bien la ley establece que los miembros de cuerpos jurídicos en funciones judiciales no pueden desempeñar otras funciones militares (art. 119 de la L.O. 4/1987), ello no les releva plenamente de las obligaciones militares, ni de la sumisión a la jerarquía y disciplina de mando.

6. Las demandas de amparo deben ser desestimadas. Los Autos del Juez Togado Militar, confirmados por el Tribunal Territorial Militar no vulneran los derechos fundamentales invocados al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías.

De la argumentación de los demandantes deben, ante todo, eliminarse las consideraciones basadas en hipotéticas aplicaciones desviadas de las normas citadas que, no solamente no se han producido, sino que, de producirse en alguna ocasión, lo que nunca es descartable para ninguna norma, solo lo serían como supuesto abusivo o desviado de aplicación de las mismas, como supuesto en suma de «uso torticero» del Derecho, lo que en modo alguno puede erigirse en reproche capaz de fundamentar la ilegitimidad constitucional de la norma ni, muy particularmente a la vista de la fundamentación de las presentes demandas, de deslegitimar por sí mismo el *status* de régimen legal que configure la posición de un órgano judicial como independiente e imparcial. Pues lo que se trata de determinar, precisamente, es si el *status* legal del Juez Togado le permite fungir como órgano judicial capaz de dispensar la tutela en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24.1 C.E.). Dicho en otros términos, se trata de determinar si los órganos judiciales militares que han conocido del presente supuesto, en su estructura y funcionamiento, satisfacen las exigencias constitucionales de independencia del poder ejecutivo, es decir, si son reconocibles como órgano judicial que ha de resolver

de modo equitativo e imparcial un proceso en el que actúan como parte acusadora los poderes públicos y en el que han acordado originariamente o han revisado en vía de recurso, según el caso, medidas que afectan a la libertad y seguridad de las personas sometidas a un procedimiento penal (Sentencias del T.E.D.H. de 22 de mayo de 1984, casos Duinhof y de Jong, y de 8 de junio de 1976, caso Engel).

7. El Juez Togado Militar titular del Juzgado Togado Militar núm. 18, con sede en Cartagena, con arreglo a la ley que le resulta aplicable, es un Juez independiente e inamovible en los términos exigidos por el art. 24 C.E.

En este sentido, y comenzando por el principio, resulta necesario recordar las inequívocas afirmaciones contenidas en los preceptos que abren la L.O. 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, en la que se inserta dicho Juez Togado:

«Art. 1 La jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y a las leyes.—Art. 2. El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta ley.—Art. 3. Todo órgano militar, en el ejercicio de su competencia, será Juez ordinario predeterminado por la ley».

En el mismo sentido, el art. 6 declara que «todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar», añadiendo en su segundo párrafo, que «los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los órganos inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto». El art. 5, por su parte, declara la vinculación de los órganos de la jurisdicción militar a la Constitución, las leyes, los tratados, convenidos y acuerdos internacionales en los que sea parte España; en un segundo párrafo expresa la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los mismos términos que en la jurisdicción ordinaria.

El art. 8 declara que, en el ejercicio de sus funciones, «los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»: por su parte, el art. 118 dispone que los Mandos Militares se abstendrán de intimar a quienes ejerzan cargos judiciales en la jurisdicción militar. Como garantía

de lo anterior, el art. 9 declara, por fin, que, en el supuesto en que aquéllos se consideraran «perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central». En parecido sentido, el art. 118.

La L.O. 4/1987, por tanto, proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción Militar, incorporando, como se ha visto, específicas garantías al respecto. Sin duda estas proclamaciones valdrían de poco si el resto de la propia Ley Orgánica, o de otras de aplicación al Juez Togado, contuviesen disposiciones que se encargaran de contradecir dichas proclamaciones. Es precisamente lo que se trata de poner de manifiesto en las demandas de amparo, en las que las afirmaciones de principio acerca de la falta de independencia del Juez Togado vienen apoyadas en algunos preceptos legales que los recurrentes entienden que vulneran el art. 24 C.E.

8. La procedencia del Juez Togado Militar del Cuerpo Jurídico Militar y su no pertenencia al «Cuerpo único» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 C.E. no vulnera el art. 24.2 C.E. Alegan los recurrentes que el art. 122.1 C.E. exige que Jueces y Magistrados estén integrados en un Cuerpo único, como «consecuencia necesaria» de la independencia judicial, lo que no ocurre en el caso del Juez Togado, que pertenece al hoy unificado Cuerpo Jurídico de la Defensa. Ciertamente, el art. 122.1 C.E. dispone que la ley orgánica del poder judicial determine el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único. Ahora bien, es de tener en cuenta, de una parte, que la Constitución no exige que toda función jurisdiccional sea atribuida en todo caso a Magistrados y Jueces de carrera integrados en un cuerpo único, so pena de incurrir en una vulneración del art. 24 C.E., contemplando ella misma supuestos de lo contrario (arts. 136.3 y 159 C.E.); de otra parte, y con independencia de lo anterior, es claro que el mandato contenido en el art. 122.1 C.E. no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 C.E. Desde la perspectiva del art. 24 C.E. es, pues, válida la opción de la L.O. 4/1987 que dispone que los Juzgados Togados Militares sean desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos (art. 54), hoy unificados en el Cuerpo Jurídico de la Defensa. El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas. Son precisamente las alegaciones expuestas en rela-

ción con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración.

9. El sometimiento del Juez Togado Militar a una específica disciplina militar, en tanto que militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus cargos (art. 122 L.O. 4/1987 y 32 L.O. 12/1985, reguladora del régimen disciplinario de las fuerzas armadas), constituye otro de los argumentos centrales de las demandas. Alegan los recurrentes que el sometimiento a esta disciplina militar, aun cuando queden excluidos de la misma los supuestos en que se actúe en ejercicio de la función jurisdiccional, es incompatible con el principio de independencia judicial, señalando la variedad de los casos en los que se puede incurrir en infracción de la disciplina militar. Este argumento debe ser rechazado. Ciertamente, los Jueces y Vocales Togados integrantes de la jurisdicción militar se encuentran sometidos a las normas de conducta de la organización militar, al contrario de lo que sucede con los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria, quienes no tienen un *status* funcional o administrativo que comporte dependencia del Poder Ejecutivo. La cuestión, por tanto, es la relativa a si, en el marco de la especialidad de la jurisdicción militar (STC 60/1991), es compatible con el art. 24 C.E. el sometimiento del Juez Togado Militar a las normas disciplinarias militares, aun limitado a los supuestos en los que no actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Ante todo es necesario tener en cuenta que los miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa que ejercen funciones judiciales están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades, no pudiendo desempeñar funciones distintas de las atribuidas por la Ley Orgánica que regula la jurisdicción militar (art. 119 L.O. 4/1987). La responsabilidad disciplinaria derivada del ejercicio de estas funciones jurisdiccionales solamente puede ser exigida por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando se trate de faltas leves o graves, y por el Consejo General del Poder Judicial si la sanción a imponer comporta el apartamiento temporal o definitivo del destino o de la propia función judicial (art. 138 L.O. 4/1987)

En estas condiciones, la previsión legislativa de posibles responsabilidades disciplinarias del miembro de un cuerpo jurídico militar que desempeña funciones judiciales, como consecuencia de su condición de militar, no constituye, por sí misma, un atentado al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, en cuanto equivale a una derogación del principio de independencia judicial. El Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instruc-

ciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación, siempre desde la perspectiva del art. 24 C.E., deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar. Sólo frente a una aplicación desviada de estos preceptos, lo que no ha sido aquí el caso, le corresponderá, por tanto, a este Tribunal otorgar el amparo de los derechos invocados.

10. El Juez Togado Militar que ha dictado las resoluciones recurridas es inamovible en la medida exigida por el art. 24 C.E. Los demandantes de amparo alegan que «tampoco tienen inamovilidad comparable, pues el Ministerio de Defensa conserva dispositivos a su alcance para hacerla ineficaz que si se pusiesen en manos del Ministerio de Justicia respecto de los Jueces civiles nadie dudaría que representaría un ataque a la independencia judicial del poder ejecutivo». El escrito de demanda no concreta esos «dispositivos», si bien en las alegaciones, a partir del voto particular formulado por uno de los Vocales Togados al Auto de la Sala que resolvió el recurso de apelación, se hace referencia a cómo en el caso del Juez Togado, el ascenso de empleo militar determina automáticamente la pérdida de destino.

Tampoco esta alegación puede ser aceptada. Al igual que en el supuesto anterior, el argumento parte de una premisa errónea, cual es la de que el art. 24 C.E. no tolera otro estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no sea el que corresponde («comparable») a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria. Ciertamente, en el caso de éstos no hay ascensos en el empleo militar que puedan implicar un cambio de destino, pero ello por la sencilla razón de que no son militares de carrera, por lo que tampoco pueden ascender en la carrera militar. Lo cual no quiere decir que en la jurisdicción ordinaria no haya supuesto de ascenso que comporten cambio de destino (art. 311 L.O.P.J.). Se alega que la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares, pero, al igual que en el supuesto anterior, la cuestión no es si el estatuto del Juez Togado es distinto al de un Juez ordinario, en lo que difícilmente puede no haber acuerdo, sino si ese estatuto vulnera o no los derechos reconocidos en el art. 24 C.E.

Inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas. Por su parte, el art. 117.2 C.E. declara que «los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas

en la ley». La L.O. 4/1987, la cual debe considerarse ley en el sentido del anterior art. 117.2 C.E., dispone entre las causas por las que solo cesará el Juez Togado, «2. Por ascenso, si conforme a esta ley, no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan» . Esta causa debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no puede considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial. De nuevo procede reiterar la misma salvedad El estatuto jurídico del Juez Togado Militar, en punto a inamovilidad judicial, no vulnera los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. La eventualidad de un ascenso motivado o con el propósito de apartar a un Juez Togado de la instrucción de una determinada causa sería, de nuevo, consecuencia únicamente de una aplicación desviada de la norma, que sin embargo no se ha denunciado como producida en el presente caso.

I. FALLO

Desestimar los presentes recursos de amparo.

Sentencia 235/1994, de 20 de julio. Sala Primera («BOE» n.º 197, de 18 de agosto de 1994).

Recurso de amparo 2.041/1992 contra sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo confirmando la sanción de separación del servicio impuesta a recurrente por resolución de la Dirección General de la Guardia Civil.

Materia: Falta de agotamiento de la vía judicial previa y de invocación formal del derecho presuntamente vulnerado (Principio de legalidad penal).

Ponente: Sr. García-Mon y González Regueral.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha de 31 de octubre de 1984, el Juzgado Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 2 de San Sebastián dictó una Sentencia en la que condenaba al hoy demandante de amparo, como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, con las accesorias correspondientes, y como autor de una falta de

hurto del art. 587 del Código Penal, a la pena de 21 días del arresto menor. Dicha Sentencia adquirió firmeza al ser aprobada por el Capitán General de la Sexta Región Militar el 30 de noviembre de 1984.

A consecuencia de dicha condena, se instruyó contra el recurrente un expediente gubernativo que concluyó con Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil, de 20 de abril de 1985, en la que se acordaba separarle del servicio por considerarle incurso en el supuesto contemplado en el art. 1.1011.3 del Código de Justicia Militar, publicándose su baja en el Cuerpo en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» de 20 de mayo de 1985. Contra dicha resolución, interpuso el recurrente sucesivamente en vía administrativa un recurso extraordinario de revisión y otro de reposición, desestimado el primero por resolución del Ministro de Defensa de 1 de junio de 1988 y el segundo por resolución de ese mismo órgano de 5 de septiembre de 1988.

Presentado contra esta última Resolución recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dicho órgano jurisdiccional declaró, por Auto de 12 de marzo de 1992, que la competencia para conocer del asunto correspondía a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Remitidas las actuaciones a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la Resolución recurrida fue confirmada en todos sus extremos por Sentencia de 9 de julio de 1992, notificada al recurrente al día siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

4. Por lo que se refiere al motivo de amparo consistente en la supuesta lesión del derecho a la legalidad sancionadora, que se atribuye al órgano judicial por no haber procedido a aplicar al recurrente las disposiciones contenidas en una ley posterior más favorable, ha de señalarse en primer lugar que la normativa cuya falta de aplicación se denuncia (L.O.R.D.F.F.A.A.) entró en vigor el 1 de junio de 1986, ésto es, algo más de un año después de publicada la baja del recurrente en el Cuerpo de la Guardia Civil en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» de 20 de mayo de 1985, previéndose efectivamente, en su Disposición transitoria segunda, lo siguiente: «Los preceptos de esta Ley Orgánica se aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que

sus disposiciones sean más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica, previa audiencia del mismo».

Debe asimismo resaltarse que la norma contenida en el art. 1.011.3 del C.J.M., que había dado lugar a la imposición al señor Rodríguez Jardón de la sanción extraordinaria de separación del servicio, fue derogada, junto con todas aquellas disposiciones del C.J.M. relativas a los procedimientos de naturaleza gubernativa, por la Disposición derogatoria de la L.O.R.D.F.F.A.A., sin que en el art. 74 de dicha Ley Orgánica se incluyera, entre los supuestos de condena penal que pueden dar lugar a dicha sanción, el de haber sido declarado el expedientado responsable de un delito de tenencia ilícita de armas o de una falta de hurto.

De ello se infiere que hasta la entrada en vigor de la L.O.R.D.F.F.A.A., producida con fecha de 1 de junio de 1986, no había base legal alguna en la que asentar, en su caso, la mencionada invocación, ni cauce procesal adecuado para ello dado que ya habían transcurrido sobradamente los plazos establecidos para la interposición de los recursos prevenidos en el art. 76 de la citada Ley Orgánica. En tales circunstancias, el recurrente optó por interponer ante el Ministro de Defensa, con fecha de 4 de febrero de 1988 y por consiguiente todavía dentro del plazo de cuatro años establecido a tal efecto, un recurso extraordinario de revisión contra la Resolución del Director General de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985, alegando para ello el motivo previsto en el art. 127.1 de la L.P.A., ésto es, la existencia en dicha resolución de un error de hecho, según resultaba de los documentos incorporados al expediente, dado que, por una parte, la referida sanción -se había basado en unos documentos que carecían ya de eficacia al deberse entender derogado el art. 1.011.3 del C.J.M. por motivo de su oposición al principio non bis in idem, y, por otra, en el expediente gubernativo del que- aquélla traía su origen se habían utilizado como fundamento de la misma los mismos documentos que en la causa penal por cuyo motivo había sido instruido.

5. A la vista de la vía procesal elegida, hemos de dar la razón a la Sala Quinta del Tribunal Supremo cuando, en la Sentencia recurrida en, amparo, confirma las Resoluciones anteriormente dictadas por el Ministro de Defensa, por estimar absolutamente correcto el argumento que en las mismas se esgrimía para rechazar el recurso extraordinario de revisión interpuesto al abrigo del art. 127.1 de la L.P.A., ya que no cabe duda alguna de que las cuestiones que en el mismo se planteaban no eran de hecho sino de Derecho. Es cierto que ni por el órgano administrativo ni por el órgano judicial fue declarado inadmisibile el mencionado recurso por moti-

vo de su extemporaneidad o de su inadecuación instrumental para obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, así como que, pese a considerarse ab initio improcedente el cauce procesal elegido para el planteamiento de tales cuestiones, las sucesivas resoluciones dictadas en ambas vías contienen pronunciamientos relativos a esas pretendidas vulneraciones del derecho consagrado en el art. 25.1 C. E. Mas si bien tal proceder, justificado por el órgano casacional en virtud del principio pro actione, supuso en la práctica que entrase a conocer del fondo de todos y cada uno de los motivos alegados por el recurrente, no obstante haberse rechazado en su fundamento jurídico tercero la presencia de un error de hecho en la resolución impugnada, la respuesta ofrecida a tal respecto no puede llevar a olvidar que, con carácter previo, había concluido que la naturaleza improcedente del recurso constituía per se causa suficiente para la desestimación del mismo y que lo que en verdad pretendía el recurrente era alegar la vulneración de dos principios constitucionales por la vía procesal inadecuada del art. 127.1 L.P.A., lo que asimismo se estimaba causa suficiente para proceder a dicha desestimación. De manera que en ese plus de argumentación que se observa en la Sentencia recurrida no cabe en modo alguno ver una actitud subsanadora de los defectos formales reseñados, que permita a este Tribunal entrar en los problemas de fondo, sino, exclusivamente, una loable intención por parte de la Sala de ofrecer al recurrente una contestación exhaustiva a su pretensión, pero sin que ello elimine, naturalmente, la causa principal desestimatoria del recurso extraordinario de revisión de no plantearse en él una cuestión de hecho sino unos problemas jurídicos cuyo cauce adecuado, utilizable y no utilizado era, como ya hemos dicho, el recurso previsto para la protección de los derechos fundamentales en la Ley 62/1 978.

6. A mayor abundamiento debe señalarse que, tal y como advierte el Abogado del Estado, el motivo de referencia no fue invocado en el primer momento en que hubo lugar para ello, puesto que lo fue por vez primera en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución desestimatoria del recurso extraordinario de revisión, por lo que no cabría tampoco por esta razón estimar cumplida la exigencia procesal contemplada en el tantas veces citado art. 44.1 c) de nuestra Ley Orgánica.

En efecto: de las actuaciones se desprende que la argumentación definitiva del motivo, tal y como ahora se nos plantea, no se produjo hasta la fase procesal señalada por el Abogado del Estado, ya que, si bien en el escrito de formalización del recurso extraordinario de revisión ya se aducía que el art. 1.011.3 del C.J.M. estaba derogado, esta conclusión no se

basaba en la posterior entrada en vigor de la L.O. 1 2/1985 sino en su pretendida incompatibilidad con el principio *non bis in idem*, respecto de la cual, conforme ha quedado dicho, nada se había alegado en tiempo hábil para ello, dado que el actor omitió impugnar en su día por tal causa la resolución de 20 de abril de 1985. En consecuencia, ha de concluirse en la desestimación del presente recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa y de invocación formal en el proceso de los derechos constitucionales vulnerados tan pronto como, una vez conocida la violación, hubo lugar para ello [art. 44.1 a) y c) de la LOTC].

III. FALLO

Denegar el amparo solicitado.

Sentencia 270/1994, de 17 de Octubre. Sala Primera («BOE» núm. 279, 22 noviembre 1994).

Recurso de amparo 1.29211991, contra Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que desestima recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario interpuesto contra resolución del Ministro de Defensa que imponía al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio.

Materia: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; infracción del principio “ non bis in idem”.

Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos están recogidos, en su esencia, en el Fundamento Jurídico n.º 1, que seguidamente se transcribe.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Antes de proceder a examinar una por una las distintas vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en el presente recurso de amparo, conviene recordar con algún detalle los hechos que, expuestos en la

demanda en forma ciertamente confusa, motivaron la imposición al demandante de la sanción extraordinaria de separación del servicio por estimar concurrentes las causas para ello prevenidas en los apartados 1 y 3 del art. 59 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en lo sucesivo: L.O.R.D.F.A.). El recurrente, miembro de la Guardia Civil convocó el día 6 de abril de 1989 en su domicilio de Pamplona una rueda de prensa, sin autorización de sus superiores jerárquicos, en la que compareció vistiendo el uniforme del Cuerpo. A raíz de ello, se le abrieron tres expedientes disciplinarios: dos de carácter ordinario, respectivamente registrados bajo los núms. 86 y 87/89, por falta grave del art. 9. 1 5 de la L.O.R.D.F.A., y uno de carácter extraordinario, registrado bajo el núm. 1 l/89, del que traen su origen las resoluciones ahora recurridas en amparo.

A) El expediente núm. 86/89, incoado a título de la falta consistente en «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y efectuadas a través de los medios de comunicación social», terminó con la imposición al señor Parra, por Resolución del Director general de la Guardia Civil, de 27 de junio de 1989, de una sanción de tres meses de arresto en un establecimiento disciplinario militar, sin que conste en autos que contra la misma interpusiera el sancionado recurso judicial alguno. También por Resolución del Director de la Guardia Civil, de 27 de junio de 1989, se puso término al expediente núm. 87/89, instruido por la falta grave consistente en «realizar manifestaciones a través de los medios de comunicación social», con la imposición al expedientado de una sanción de dos meses de arresto en establecimiento disciplinario militar. Recurrída esta última Resolución en alzada, fue anulada por otra del Ministro de Defensa, de fecha 22 de enero de 1990, en la que textualmente se decía que «la limitación en el ejercicio de la libertad de expresión para los miembros de las Fuerzas Armadas, consistente en la obtención de previa autorización, requiere que las manifestaciones vertidas guarden relación con la seguridad nacional, afecten a la Defensa Nacional, a los asuntos de servicio o a la organización o actuación de los Ejércitos», y que, no siendo este el caso de las realizadas por el recurrente, «ha de concluirse que pudieron ser emitidas sin vulnerar lo establecido en la Orden de 24 de enero de 1978». Por otra parte, se afirmaba asimismo que las citadas manifestaciones «no fueron consideradas por el Instructor como contrarias a la disciplina, ni incurso en ningún otro supuesto de los previstos en el núm. 15 del art. 9 de la L.O.R.D.F.A., lo que, unido a los razonamientos anteriores, debe conducir a que, con apreciación del recurso interpuesto, prospere el mismo y deba revocarse la resolución impugnada».

B) El expediente gubernativo núm. 11/89 terminó, por su parte, con Resolución del Ministro de Defensa de 30 de julio de 1990 en la que se imponía al señor Parra la sanción extraordinaria de separación del servicio por estimarle incurso en las causas prevenidas en los apartados 1 y 3 del art. 59 de la L.O.R.D.F.A., respectivamente consistentes en «acumular en el expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional» y en «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito». Presentados por el solicitante de amparo sendos recursos contencioso-disciplinarios militares de carácter preferente y sumario el uno, por infracción de derechos fundamentales, y de naturaleza ordinaria el otro, fueron sucesivamente desestimados por Sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1991 y 16 de diciembre de 1991, ésta última con el voto particular del Presidente de la Sala.

C) El guardia civil hoy demandante de amparo había sido sancionado, con anterioridad a la comisión de los hechos que dieron lugar a los tres expedientes disciplinarios mencionados, por tres faltas leves respecto de las cuales había solicitado la cancelación, siéndole denegada inicialmente por Resolución del Subdirector general de Personal de la Guardia Civil, de 27 de octubre de 1989, y, finalmente, concedida enalzada por Resolución del Director general de la Guardia Civil, de 5 de septiembre de 1990, con efectos a partir del 7 de agosto de 1989. Constaba además en su expediente personal en el indicado momento que, con fecha de 10 de mayo de 1989, había sido objeto de sanción por falta grave del art. 9.31 de la L.O.R.D.F.A., consistente en «cometer falta leve teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto». Esta última anotación no fue objeto de cancelación por la citada Resolución de 5 de septiembre de 1990. Tanto las tres faltas leves posteriormente canceladas como la falta grave acabada de mencionar fueron tenidas en cuenta en la Resolución del Ministro de Defensa de 30 de julio de 1990, por la que se impuso al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio.

.....

5. La sanción extraordinaria de separación del servicio impuesta al recurrente no tuvo, sin embargo, únicamente por causa las manifestaciones vertidas en la tantas veces citada rueda de prensa, sino, junto a ellas, un conjunto de actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo y demos-

trativas de una actitud contraria a la necesaria disciplina que ha de observar un miembro de la Guardia Civil. Se trata ahora de ver si, como pretende el recurrente, con la imposición de dicha sanción se produjo una vulneración del derecho consagrado en el art. 25.1 C.E., consistente en haberse quebrantado el principio *non bis in idem* al haber sido sancionado tres veces por los mismos hechos, en distintos procedimientos seguidos ante diferentes órganos del Ministerio de Defensa.

Tal y como ha quedado reflejado, el actor fue objeto de dos expedientes sancionadores ordinarios y de un expediente gubernativo «extraordinario», cuya resolución dio lugar a la presentación del presente recurso de amparo. A consecuencia de este último, se le impuso la sanción de separación del servicio por, entre otras, alguna de las infracciones que ya habían sido sancionadas en uno de esos expedientes ordinarios —concretamente por la resultante del expediente disciplinario núm. 86/89—, y por el hecho de haber realizado ciertas manifestaciones en una rueda de prensa convocada por él y celebrada en su domicilio, lo que también había sido ya objeto de sanción en el expediente acabado de citar. Parece pues tener razón el recurrente cuando afirma que por unos mismos hechos se le impusieron sanciones ordinarias y extraordinarias, lo que no sería, en principio, objetable toda vez que, como es sabido, en el Derecho disciplinario militar coexisten junto a las sanciones ordinarias otras extraordinarias, reguladas en el Título V de la Ley 12/1985, que son objeto de un expediente especial denominado «expediente gubernativo».

Frente a la tesis mantenida por el solicitante de amparo, se razona sin embargo, en el tercero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Sala Quinta impugnada en amparo, que la sanción impuesta en el expediente extraordinario núm. 11/89 no tuvo por motivo la misma infracción anteriormente sancionada en el expediente ordinario 86/89, sino una serie de hechos aislados que, aunque ya sancionados individualmente por la autoridad competente, generaron un comportamiento prolongado en el tiempo de naturaleza reprochable y, como tal, susceptible de ser valorado por una autoridad distinta y superior desde una perspectiva sancionadora distinta.

Habida cuenta de esta diferencia de puntos de vista, procede que examinemos si esa duplicidad de sanciones impuestas al recurrente por la Administración tuvo por motivo, como pretende el recurrente, unos mismos hechos, o bien ha de compartirse el criterio expuesto por la Sala Quinta y concluirse que se trataba de hechos distintos.

6. De acuerdo con lo afirmado en la Sentencia dictada en sede de casación, lo que constituyó ese hecho distinto que, a su entender, justifi-

caba la imposición al demandante de amparo de la doble sanción ordinaria y extraordinaria, fue el «comportamiento» observado por aquél a lo largo de un dilatado período de tiempo, en tanto en cuanto denotaba una actitud gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar que, como tal, era incardinable en el tipo de la falta grave contenida en el art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A.

Dicha interpretación del mencionado precepto no resulta constitucionalmente admisible ya que, como declaramos en nuestra Sentencia de 29 de marzo de 1993 (STC 116/1993, fundamento jurídico 3.º), del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el art. 25.1 C.E. no sólo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, lo que, en principio, se opondría a toda definición de dichas conductas en términos que, por su amplitud o vaguedad, dejen a las mismas en la más absoluta indefinición, tales como «forma de vida», «actividades que desarrollen», «conducta que observen», «relaciones que mantengan» u «otras causas análogas».

A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.

No habría más que concluir que, cuando el art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A. se refiere como fundamento de la sanción extraordinaria que en él se prevé al comportamiento consistente en «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito», está definiendo como motivo de la indicada sanción la realización de actos

externos e individualizables que sean constitutivos de un grave atentado a la «disciplina, servicio o dignidad militar». Así entendido, el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido en el art. 25.1 C.E., ya que, pese a su aparente inconcreción, los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables.

7. Una vez establecido que la sanción extraordinaria de separación del servicio impuesta al solicitante de amparo no podía traer su origen de la observancia, por su parte, de una supuesta conducta indisciplinada, por más que tal conclusión no fuera infundada a la vista de las distintas faltas que había cometido, resta por ver si la mencionada sanción obedeció a la realización de hechos distintos de los ya sancionados en vía ordinaria o si, aun tratándose de los mismos hechos, la duplicidad de sanciones venía justificada en este caso. En el entendimiento, claro está, de que, para que así fuese, sería necesario que con la sanción extraordinaria se estuviese protegiendo un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción fuese proporcionada a dicha necesidad de protección adicional (STC 239/1991).

De las actuaciones que obran en nuestro poder se desprende, con absoluta claridad, que la mencionada sanción extraordinaria tuvo inicialmente por fundamento, en vía administrativa, las causas descritas en los apartados 1 y 3 del art. 59 de la L.O.R.D.F.A., respectivamente consistentes en «acumular en el expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional» y «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito». Para fundamentar la concurrencia de la primera de dichas causas, se tuvieron en cuenta en la Resolución del Ministro de Defensa, de 30 de julio de 1990, las siguientes anotaciones presentes en el expediente personal del recurrente: 1.º las correspondientes a las tres faltas leves que serían canceladas por Resolución del Director de la Guardia Civil de 5 de febrero de 1990, con efectos a partir del 7 de agosto de 1989; y 2.º la correspondiente a la falta grave por acumulación de faltas leves que, impuesta a raíz del expediente núm. 282/88, no pudo ser objeto de cancelación. En cuanto a la fundamentación de la sanción extraordinaria en la concurrencia de la causa prevenida en el art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A., entraron en consideración «las sanciones impuestas por falta grave» y «las manifestaciones vertidas en una rueda de prensa, convocada sin autorización, sobre asuntos del servicio».

Ninguna de ambas argumentaciones sirve, sin embargo, para acreditar que la sanción extraordinaria de separación del servicio tuvo por motivo

hechos distintos a los ya sancionados previamente o que fue debida a la lesión de un bien jurídico distinto y de mayor entidad que los protegidos por las sanciones ordinarias. En primer lugar, porque ha de tenerse en cuenta que, por lo que se refiere a la causa prevista en el art. 59.1 de la L.O.R.D.F.A., una vez canceladas las faltas leves otrora anotadas en el expediente personal del señor Parra no podían ya hacerse valer como elementos constitutivos de la falta contenida en dicho precepto. El último párrafo del art. 5.1 del Real Decreto 555/1989, de 19 de mayo, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal, así lo indica al disponer que, si se concede la cancelación de una anotación de arresto por falta leve, la parte de documentación sustituida será destruida, archivándose en los demás casos «a los exclusivos efectos de las clasificaciones reglamentarias»; estableciéndose además, en su art. 7, que la cancelación de una nota desfavorable únicamente dejará subsistentes los efectos administrativos que taxativamente enumera, con exclusión de toda otra consecuencia de naturaleza disciplinaria. Por consiguiente, habiendo sido canceladas dichas faltas leves con efectos a partir del 7 de agosto de 1989, deben considerarse jurídicamente, inexistentes y, en consecuencia, no aptas para integrar ese «desvalor» superior de la conducta al que se anuda la imposición de la sanción extraordinaria de separación del servicio por motivo de la acumulación de notas desfavorables en el expediente del sancionado.

Por otra parte, no debe pasarse por alto el hecho de que, con posterioridad a la imposición al recurrente de la sanción extraordinaria de separación del servicio por Resolución del Ministro de Defensa de 30 de julio de 1990, se produjo la entrada en vigor de la L.O. 11/1991, de 17 de Junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en lo sucesivo: L.O.R.D.G.C.), en la que no se contiene una causa de imposición de dicha sanción extraordinaria que pueda considerarse equivalente a la entonces prevista en el art. 59.1 de la L.O.R.D.F.A. Como tampoco puede soslayarse algo sumamente importante: que en la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1991, dictada a raíz del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario también presentado por el recurrente contra la citada Resolución administrativa de 30 de julio de 1990, se procedía a declarar, en virtud de la aplicación de la cláusula de retroactividad de la ley más favorable contenida en la Disposición transitoria primera de la L.O. 11/1991, que no resultaba ya procedente apreciar la indicada causa como fundamento de la sanción impuesta, sino, exclusivamente, la descrita en el art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A. por cuanto la mis-

ma ha sido recogida, en términos prácticamente idénticos, en el art. 9.8 de la L.O.R.D.G.C.

8. Reducido así, por consiguiente, el motivo de la sanción extraordinaria de separación del servicio a la causa prevista en el art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A., debe recordarse que, para estimar realizado el tipo descrito en dicho precepto, se tuvieron en cuenta en la Resolución de 30 de julio de 1990 «las sanciones impuestas por falta grave» y «las manifestaciones vertidas en una rueda de prensa, convocada sin autorización, sobre asuntos del servicio». Ahora bien, por lo que atañe al primero de dichos elementos ya hemos dicho que el citado precepto no puede ser interpretado en el sentido de entender que lo que con él se pretende es sancionar una conducta de vida caracterizada por una genérica tendencia a la indisciplina, de forma que tales sanciones por falta grave no podían, una vez impuestas y cumplidas, dar lugar a la estimación de un ilícito distinto y más grave que el sancionado en vía ordinaria, constituido exclusivamente por el «mal comportamiento» del sujeto que la reiterada comisión de faltas graves de disciplina denotaba.

Nótese, por añadidura, que para integrar ese mal comportamiento que se aduce como fundamento de la sanción extraordinaria, se tuvieron en cuenta, entre las «sanciones impuestas por falta grave», la recaída en el expediente núm. 86/89 por causa, precisamente, de «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y efectuarlas a través de los medios de comunicación», esto es, por exactamente la misma conducta que, junto a la existencia de tales sanciones impuestas por falta grave, se hizo valer para justificar la aplicación al recurrente del art. 59.3 de la L.O.R.D.F.A. De suerte que un mismo hecho —la conducta sancionada en el expediente núm. 86/89— habría sido a un tiempo desvalorado como parte integrante del elemento «sanciones impuestas por falta grave» y como elemento autónomo, lo que ya de por sí supone una evidente vulneración del principio *non bis in idem*, implícitamente consagrado en el art. 25.1 C.E.

Ciertamente que tal vulneración carecería de trascendencia una vez concluido que una interpretación conforme a la Constitución del mencionado art. 59.3 obliga a prescindir, como fundamento de su aplicación, de toda referencia a la actitud indisciplinada observada en el pasado por el demandante y manifestada a través de esas sanciones por falta grave ya cumplidas. Restaría entonces por determinar si la conducta consistente en «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y efectuarlas a través de los medios de comunicación», alegada como segundo motivo de imposición de la sanción extraordinaria, constituía un hecho distinto de los ya sancionados

anteriormente en vía ordinaria o afectaba a un bien jurídico diferente del protegido por tales sanciones. Cuestiones ambas a las que hemos de dar una respuesta negativa, toda vez que tal comportamiento era idéntico al que ya había sido objeto de sanción ordinaria en el expediente núm. 86/89 y afectaba al mismo bien jurídico cuya lesión había dado lugar a dicha sanción.

Debe, por consiguiente, concluirse que, al imponer al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio en base a lo que, en definitiva, ni podía calificarse de hecho distinto ni afectaba a un bien jurídico diverso de aquel cuya lesión había motivado la imposición de una sanción ordinaria, los órganos administrativo y judicial han incurrido en una patente infracción del principio *non bis in idem*, reconocido en el art. 25.1 C.E.

III. FALLO

1.º Reconocer el derecho del recurrente a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos.

2.º Anular la Resolución del Ministro de Defensa, de 30 de julio de 1990, en la que se imponía al señor Parra la sanción extraordinaria de separación del servicio, y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1991, en la que dicha sanción se confirmaba.

Sentencia 288/1994, de 27 de octubre. Sala Primera. («BOE» núm. 285, 29 noviembre 1994).

Recurso de amparo 1385/1993, contra resolución sancionadora del Ministro de Defensa y, sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en recurso contencioso-disciplinario militar.

Materia: vulneración del derecho a la libertad de expresión ejercido en conexión con el derecho a la defensa.

Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Por resolución del Ministro de Defensa, de fecha 17 de julio de 1992, se impuso al aquí recurrente la sanción de treinta días de arresto, a cumplir en su propio domicilio, como autor de una falta leve de emitir expre-

siones contrarias al Gobierno, prevista en el art. 8.28 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre.

El fundamento de la sanción lo constituían las expresiones vertidas por el recurrente, Comandante Auditor, en el contexto de un recurso de reposición previo al contencioso interpuesto contra el Real Decreto 395/1992, de 15 de abril, por el que se efectuaba el nombramiento de un alto cargo en el Ministerio de Defensa (concretamente, Asesor Jurídico General). Entre otras expresiones, aseguraba el recurrente que el referido acto había “perseguido un resultado contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico”, calificándolo de “injusta, arbitraria e ilegal operación en fraude de ley acusando al Gobierno autor del nombramiento de “patrimonializar una vacante”.

La resolución sancionadora considera que tales expresiones están “efectuadas en tono irónico y mordaz”, y que imputan al Gobierno de la Nación “finalidades contrarias al ordenamiento jurídico mediante una actuación conscientemente arbitraria”, estimándolas, en fin, contrarias al “buen modo” con que deben manifestarse los miembros de las Fuerzas Armadas en la interposición de todo tipo de recursos contra las resoluciones que les afecten y que consideren contrarias a Derecho (art. 200 de las Reales Ordenanzas). Recurrída en súplica la referida resolución, fue desestimado el recurso por resolución del Ministro de Defensa de 24 de noviembre de 1992. Interpuesto recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, fue desestimado por sentencia de 29 de marzo de 1993.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

2. Como es sabido, una reiterada doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión de subrayar la trascendencia del reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, que es indudablemente la que se ha ejercitado en el caso presente, al basarse la manifestaciones del demandante en valoraciones jurídicas y de otra índole del acto administrativo que impugnó en la instancia (STC 6/1988). Una trascendencia que, además de por su condición de derecho fundamental, le ha de ser reconocida por su valor instrumental para alcanzar finalidades que han sido objeto, a su vez, de relevante tutela constitucional (por todas, SSTC 30/1982, 107/1988, 40/1992,

15/1993, 336/1993, entre otras), en especial, «el mantenimiento de una comunicación pública libre cual condición de realización efectiva del principio de legitimidad democrática» (STC 6/1981, fundamento jurídico 3.º). O, en su caso, el ejercicio de otros derechos fundamentales, muy en especial el derecho de defensa (STC 205/1994, fundamento jurídico 5.º).

Las afirmaciones anteriores son compatibles con la imposición de límites al referido derecho, si éstos son conformes con la defensa de bienes o valores con relevancia constitucional y se pone de manifiesto la relación estrecha y directa entre la limitación del derecho y la tutela del bien o valor que con ella se pretende conseguir. Esto es, las limitaciones al derecho a la libertad de expresión no sólo han de estar fundadas, en su enunciación abstracta, sino también en sus concretas manifestaciones, en las que ha de tenerse especial cuidado en apreciar la relación de conexión directa y necesaria entre el límite al derecho fundamental y la finalidad, constitucionalmente legítima, que le inspira.

En este marco, la Jurisprudencia de este Tribunal, como la del T.E.D.H. (Sentencia de 8 junio de 1976, caso ENGEL), ha tenido ocasión de valorar, y aceptar, la legitimidad abstracta de la limitación del derecho de libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, pues «la atención a las misiones que les encomienda» el art. 8.1 C.E. «requiere una adecuada y eficaz configuración» de aquéllas «de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 Reales Ordenanzas)» (STC 371/1993, fundamento jurídico 4.º). Por ello, el legislador puede establecer límites específicos al derecho de libre expresión, de índole procedimental o sustantiva, que quedarán justificados cuando «esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna » (STC 371/1993, fundamento jurídico 4.º). Precisamente en la STC 371/1993 citada tuvo ocasión de afirmarse la legitimidad constitucional del art. 8.28 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en aplicación del cual fue sancionado el hoy actor), como garante de la disciplina interna de la institución mediante el obligado respeto a los órganos y autoridades superiores.

En el presente caso no nos encontramos, sin embargo, ante un mero tema de la legitimidad de la limitación del derecho de libertad de expresión de un militar, en el ámbito castrense sino de la limitación de la libertad de expresión en el ejercicio de otro derecho constitucional, el derecho de defensa,

dado el contexto en el que las manifestaciones del hoy actor fueron verdidas: en el texto de un recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, cuyo destinatario era la misma autoridad que había dictado el acto administrativo impugnado, no una autoridad militar, sino el Consejo de Ministros.

Este es el dato fundamental que debe ser subrayado, sin que pueda entrarse a valorar, como pretende el Abogado del Estado, lo que de protesta o queja podía haber en el escrito, pues esta finalidad no puede ser por sí sola ilícita, ni es relevante al extremo de anular la finalidad de defensa de la propia argumentación que subyace a todo recurso, respecto de la cual la protesta o la queja puede ser un añadido o una consecuencia legítima. Así pues, si el actor, en su condición de funcionario y de Letrado, interpuso un recurso de reposición frente a un determinado nombramiento, es claro que la libertad de expresión se ha ejercido en una vertiente potencialmente cualificada, como derecho que puede ser instrumento necesario para la efectividad de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, y la defensa de un derechoo interés legítimo propio, que en el escrito que fue objeto de sanción evidentemente existía.

En efecto, aunque el actor aún no hubiese interpuesto una demanda y no estuviera actuando en el ámbito jurisdiccional, estaba en juego no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también el derecho a la defensa, de modo que la interposición de un recurso como el que presentó el hoy actor es constitucionalmente relevante, también para ponderar los límites del art. 20.1 C.E., puesto que en la sanción impuesta está en juego no sólo ese derecho fundamental en sí mismo considerado, sino puesto en relación con el objeto específico de defender en Derecho unos derechos o intereses legítimos, relacionados con sus expectativas profesionales como funcionario de carrera, precisamente si un determinado puesto debería ser reservado o no a los funcionarios en activo, sin que fuera exigible, como parece esgrimir la Sala, que estuviera directamente afectado por el acto impugnado, puesto que no puede negarse que sus expectativas como funcionario de carrera estaban afectadas por la validez o nulidad de dicho acto.

En el ámbito propio del recurso de reposición, que además era un paso necesario previo al acceso a los Tribunales del orden contencioso-administrativo cuando los hechos se produjeron, y en el que habían de determinarse ya los motivos de impugnación, se ejerce ya una defensa jurídica de derechos e intereses, formuladas además en este caso técnicamente dado el carácter de Letrado del recurrente, sin que esta dimensión constitucional se pueda hacer depender del efectivo ejercicio posterior del derecho de acción judicial.

Además, no es ocioso recordar que, através de los recursos como medios jurídicos de impugnación, los ciudadanos contribuyen eficazmente a promover la legalidad en la actuación administrativa (art. 103 C.E.). Ello implica que no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta, y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas cuando las expresiones que se tratan de calificar como infracción disciplinaria, se producen en el marco del ejercicio de un derecho a impugnar una resolución administrativa, que en cuanto afecta también a otros derechos y valores constitucionales, ha de ser un elemento particularmente trascendente.

3. A la vista de aquellos criterios y de estas circunstancias, hemos de examinar si la sanción impuesta al actor ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión en conexión con su derecho de defensa, por las frases contenidas en el recurso de reposición, en la medida en que las alegaciones de actor no puedan situarse dentro de la lógica propia de un recurso administrativo, y hayan comprometido, por la forma en que se han manifestado, los valores de disciplina y jerarquía típicos de la institución castrense, que constituyen límites legítimos de la libertad de expresión en los términos antes expuestos.

Ha de admitirse, como interpreta el órgano judicial, que el art. 200 de las Reales Ordenanzas, de 28 de diciembre de 1978, impone una obligación a los miembros de las Fuerzas Armadas de actuar con «buen modo» en relación con los superiores jerárquicos, incluso cuando se impugnen sus resoluciones. Una obligación que no es, *per se*, contraria a ningún derecho fundamental, porque el respeto y la corrección son compatibles con éstos y que uno y otra son necesarios en el marco de una institución como las Fuerzas Armadas.

Pero a la luz de los derechos constitucionales en juego, la expresión legal no puede ser interpretada de forma que, en aras de un mantenimiento a ultranza de su tenor literal, conduzca al resultado de recortar indebidamente la libertad de expresión orientada a ejercitar el derecho a exponer los propios argumentos en un procedimiento administrativo. No cabe desconocer que la esencia de un recurso y de la defensa de los propios argumentos es la crítica del acto, la discusión y ataque de la fundamentación y racionalidad jurídica del propio acto o de sus efectos. Una discusión y un ataque que, predicándose del acto impugnado, para nada comprometen el respeto debido al órgano autor de aquél cuando es manifiesta su directa conexión con estrictos argumentos de legalidad, porque por imperativo constitucional (art. 103 C.E.) el propio órgano que dictó el acto

se halla también directa e inexcusablemente implicado en el cumplimiento de la ley.

Pasando a valorar las expresiones vertidas en el recurso, es clara su conexión con la defensa de tesis jurídicas, y que se refieren al acto administrativo impugnado, sin que pueda apreciarse una crítica descalificadora del Gobierno de la Nación en cuanto tal, que exceda de su implicación como órgano que emitió el acto. Afirmar de un nombramiento que es ilegal o irregular, o contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico, que pueda suponer un fraude de ley, que tiene como efecto patrimonializar una plaza escalofonada; y calificarlo de injusto, arbitrario o ilegal, pueden ser expresiones duras, pero en ningún modo considerarse ajenas a un razonamiento estrictamente jurídico. Lo mismo puede decirse cuando se discute la posibilidad de que un miembro de las Fuerzas Armadas en la reserva ocupe la plaza de aquellas otras consideraciones que se refieren a la eventual designación de éste, en función de sus méritos, para un cargo político y no para otro que, en la opinión del actor, se hallaba reservado a miembros en activo del escalafón al que él pertenecía. Tampoco puede considerarse relevante, como pretende el Abogado del Estado, el que la impugnación no suponía sólo un ejercicio de defensa, sino también una protesta o queja en términos jurídicos contra el nombramiento impugnado.

Es clara pues la vinculación entre las afirmaciones del actor y los argumentos jurídicos en que basa su tesis: y no es apreciable intento alguno de descalificación del órgano, sino del acto impugnado, de modo que no pueden considerarse excedidos los límites de la libertad de expresión vinculada a la libertad del actor y de sus intereses legítimos. Por ello, ha de estimarse que la sanción impuesta al actor ha vulnerado su derecho reconocido en el art. 20.1 C.E. en conexión al derecho a la defensa de sus derechos e intereses legítimos reconocida en el art. 24 C.E. Todo lo cual lleva a estimar el recurso de amparo y a anular las resoluciones impugnadas.

III. FALLO

Estimar el recurso de amparo y, en su virtud:

- 1.º Declarar el derecho del actor a la libertad de expresión.
- 2.º Anular las Resoluciones del Ministro de Defensa de 16 de julio y 24 de noviembre de 1992 y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993.

Sentencia 294/1994, de 7 de noviembre. Sala Segunda («BOE» núm. 298, 14 de diciembre de 1994).

Recursos de amparo, acumulados, contra sentencias del T.S.J. de Asturias que declararon inadmisibles otros tantos recursos contencioso-administrativos frente a la denegación presunta por silencio administrativo del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, relativa a reclamación de cantidades solicitadas en la condición de mutilados de los recurrentes.

Materia: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión del recurso impeditiva del acceso a la justicia. Control judicial de la inactividad de la Administración.

Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos relevantes para el proceso se resumen por el propio Tribunal en el Fundamento Jurídico n.º 1, transcrito a continuación.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión objeto del presente proceso de amparo, que comprende diez recursos acumulados frente a otras tantas Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, consiste en dilucidar si la decisión judicial de declarar inadmisibles el recurso contencioso-administrativo, a tenor del art. 82 c) de la L.J.C.A., porque «no existe acto administrativo objeto del recurso, habiéndole reconocido la Administración al recurrente el derecho del percibo de las cantidades reclamadas, encontrándose en tramitación la habilitación de créditos al efecto de abonar las mencionadas cantidades, pretendiendo por ello el recurrente la ejecución de un derecho previamente reconocido por la propia Administración», ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. y el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley del art. 14 C.E.,-al negar a los demandantes de amparo el acceso a la jurisdicción y la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada que les deja en una situación de absoluta indefensión frente a la supuesta dilación o pasividad de la Administración en el pago o cumplimiento de una obligación legal por falta de

créditos presupuestarios para hacerle frente; ésto es, frente a la inactividad material de la Administración que inejecuta sus propios actos declarativos de derechos consagrados por la Ley.

En efecto, los demandantes de amparo, Mutilados de la Guerra Civil acogidos a la Ley 5/1976, de 11 de mayo, reclamaron de la Administración no sólo el reconocimiento, del derecho sino también el pago de unas diferencias-retributivas en aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta de la Ley 35/1980, de 26 de junio, reguladora de las pensiones de los Mutilados excombatientes de la zona republicana.

El Ministerio de Defensa en sus Resoluciones iniciales de la Dirección General de Personal (de 30 de octubre de 1990) reconoció expresamente su derecho a percibir las compensaciones económicas solicitadas y, en cuanto al pago, hacía constar que se habían iniciado los trámites oportunos en orden a la habilitación de los correspondientes créditos presupuestarios para hacerlo efectivo. Sin que al momento de concluirse la tramitación del presente proceso de amparo, marzo de 1992, exista constancia de que por la Administración se haya procedido a dicho pago.

Frente a esta Resolución los interesados interpusieron recurso de reposición (el primero, en escrito de 11 de diciembre de 1990) en el que estiman insuficiente la respuesta de la Administración reconociendo expresamente su derecho de crédito, «porque no se procedió al pago solicitado ni se especifica que el pago debe efectuarse con el abono de los intereses de demora». En la súplica del recurso solicitaban la nulidad del acto recurrido, así como la declaración del derecho del recurrente a que se le abonen las cantidades reclamadas.

Ante la falta de respuesta al recurso administrativo, interpusieron el correspondiente recurso contencioso-administrativo, que fue inadmitido por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en las resoluciones que ahora se impugnan en este proceso de amparo constitucional.

2. Conviene, antes de nada, dar respuesta a la alegada vulneración constitucional del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 C.E.), que se imputa a las resoluciones judiciales porque ante un supuesto sustancialmente idéntico han dado la respuesta contraria a la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 22 de mayo de 1989, que no solo admitió el recurso contencioso sino que condenó a la Administración «a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del derecho del recurrente, realizando las pertinentes liquidaciones que le corresponda per-

cibir por diferencias y atrasos por el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 35/1 980 y el momento en que se haga efectivo dicho pago».

Ha de rechazarse sin necesidad de mayor razonamiento esta supuesta lesión constitucional. Es doctrina reiterada de este Tribunal que para que pueda establecerse un juicio constitucional de igualdad cuando se refiere, como es aquí el caso, a la aplicación judicial de la Ley, es preciso como primer requisito que las resoluciones aportadas como término de comparación hayan sido dictadas por un mismo órgano judicial (por todas, la STC 90/1993, fundamento jurídico 3.º), circunstancia que manifiestamente no concurre en el presente caso.

Dada la improcedencia del recurso de amparo por este motivo, resulta innecesario entrar en la causa de inadmisión aducida tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) ambos de la LOTC] al no haber interpuesto los recurrentes el recurso de revisión previsto en el art. 102.1 b) de la L.J.C.A. según la redacción entonces vigente.

3. Mayor consistencia presenta, en cambio, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., aquí en su manifestación más prístina de denegación del acceso mismo a la jurisdicción en defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a los actos de la Administración, en cuanto constituye la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho.

No se trata, pues, del derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos en aplicación del criterio de la interpretación más favorable a su admisibilidad de las causas o motivos legales, cuestión de legalidad ordinaria que corresponde decidir, de manera motivada y fundada en Derecho, a los órganos judiciales (art. 117.3 C.E.) (STC 199/1 994, fundamento jurídico 2.º), sino de otra bien distinta, el derecho al acceso a la justicia para impetrar la protección de los Jueces y Tribunales. O dicho de otra manera, se trata de la efectividad del derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art. 24.1 C.E.), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 C.E.), ésto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.).

Como ya se precisó en la temprana STC 3/1983, fundamento jurídico 4.º «es distinto el enjuiciamiento que pueda recibir una norma según actúe como impeditiva u obstaculizadora del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadora de un recurso... contra una Sentencia previa-

mente dictada en un proceso contradictorio, en el que las partes gozaron de todas las garantías y medios de defensa legales».

Para una cabal comprensión de esta cuestión en el caso de que aquí se trata es preciso arrancar del peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), y la legalidad presupuestaria en el régimen jurídico de las obligaciones pecuniarias del Estado, en particular de las obligaciones legales que son las que aquí nos importan, cuyas vicisitudes aparecen condicionadas en su exigibilidad y momento del pago a la existencia del correspondiente crédito presupuestario consignado en los Presupuestos Generales del Estado.

Las obligaciones económicas del Estado válidamente nacidas de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente (art. 42 y 43.1 de la Ley General Presupuestaria), siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición (art. 60 L.G.P.).

Este entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria, tiene su raíz en la separación o desconexión entre la fuente de las obligaciones del Estado o título jurídico del cual pueden nacer válidamente las obligaciones económicas del Estado y la fuente del gasto público, ésto es el procedimiento específico a través del cual la Hacienda cumple sus obligaciones contraídas y se libera de sus deudas mediante el pago. Como se afirmó en las SSTC 63/1986, fundamento jurídico 6.º, y 13/1992, fundamento jurídico 5.º, «los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales del Estado no son fuente alguna de obligaciones sólo constituyen autorizaciones legislativas para qué dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que según Derecho las generen, tal como señala el art. 42 de la L.G.P.».

Pero la posición, privilegiada frente a los demás deudores, de que goza la Administración como consecuencia de su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria y al régimen de Presupuesto público establecido constitucionalmente (arts. 133.4 y 134 C.E.), que conlleva «un sinnúmero de formalidades, concebidas como garantías de la intangibilidad de los caudales públicos, dentro de unos cauces más rígidos que en los

demás sectores de las Administraciones públicas» (STC 206/1993, fundamento jurídico 4.º) y a la consiguiente precariedad en que se encuentra el particular acreedor frente al Estado deudor, no permite en ningún caso el desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las Leyes. Y es que, de acuerdo con el que hemos denominado principio de legalidad administrativa, la Administración ha de actuar por imperativo constitucional (art. 103.1 C.E.), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El efectivo cumplimiento de dicho principio reside en la garantía del control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (106.1 C.E.). Y, en último término, ni el mandato constitucional ni la garantía jurisdiccional serían nada sin el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 C.E.).

Como se dijo en la STC 67/1984, fundamento jurídico 4.º «los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, no la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los Jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello».

Si así no fuera, el Estado podría demorar indefinidamente el pago o cumplimiento de obligaciones legales y dejar sin efecto los derechos subjetivos de crédito de los particulares válida y legítimamente contraídos, escudándose simplemente en la no inclusión en los Presupuestos Generales del Estado de los fondos necesarios para ello. Y claro es que un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídica perfecta o una obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario (STC 32/1 982, fundamento jurídico 3.º).

Como ha advertido la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1978, a propósito, precisamente, de un supuesto de inactividad administrativa que deja sin cumplimiento un mandato legal de equiparación retributiva entre el Profesorado, «Sin que tampoco sea utilizable como excusa a la Administración para la adopción de tales medidas la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de los mismos no es condicionante para la existencia del derecho que se reconoce sino que, por el contrario, será una consecuencia de su declaración».

4. Desde estas premisas, podemos entrar ya a dilucidar si la decisión del órgano judicial de inadmitir el recurso contencioso-administrativo, ex art. 82 c) L.J.C.A., porque no existía un acto administrativo objeto

de recurso o impugnabile, ya que la Administración ya había reconocido expresamente el derecho de los recurrentes, constituye una interpretación y aplicación de la legalidad compatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por ende conforme con la Constitución (SSTC 126/1984, fundamento jurídico 2.º, y 119/1993, fundamento jurídico 3.º).

Como ha declarado este Tribunal «el art. 24.1 C.E., al garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, asegura la obtención de una resolución fundada en Derecho. Dicha resolución normalmente debe recaer sobre el fondo del problema planteado ante el órgano judicial, sin embargo también podrá ser de inadmisión cuando concurra una causa legal y así se acuerde en aplicación razonada de la misma. Esta aplicación razonada” debe responder a una interpretación de las normas procesales acorde con la Constitución y realizada siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. A este Tribunal no le corresponde, con carácter general, revisar la interpretación llevada a cabo por los Jueces y Tribunales ordinarios salvo en lo que atañe a la razonabilidad desde el punto de vista de la eficacia de los derechos fundamentales» (STC 159/1990, fundamento jurídico 1.º).

En el presente caso no puede aceptarse la fundamentación del órgano judicial —compartida tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio Fiscal— para llegar a la inadmisión del recurso; esto es, la argumentación que, partiendo del llamado «carácter revisor» de la legalidad de los actos administrativos previamente dictados que se atribuye a la jurisdicción contenciosa, lleva al órgano judicial a declarar que no existe acto administrativo previo que sea susceptible de impugnación, es decir, respecto del cual se pida la declaración de no ser conforme a Derecho, pues la Administración ya había reconocido a los recurrentes el derecho a percibir las cantidades reclamadas y se estaba tramitando la habilitación de los créditos presupuestarios oportunos.

Antes, al contrario, sí existió un acto administrativo, objeto idóneo de impugnación ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Baste examinar la secuencia de las actuaciones seguidas por los recurrentes para comprobar que en el recurso contencioso-administrativo inadmitido por las Sentencias que ahora se impugnan, se ejercía una pretensión deducida en relación con actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, que es lo que constituye el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la definición que del mismo hace el art. 1.1 de su Ley reguladora.

En efecto, lo que los recurrentes solicitaron en su día del órgano administrativo competente es que tuviera a bien «ordenar el abono diferencial de las cantidades que puedan resultar por aplicación de la citada Ley 35/1980». El órgano administrativo dictó una Resolución expresa por la que declaraba el derecho de los interesados a cobrar dichas cantidades, comunicándoles, además, que el Ministerio de Defensa estaba realizando las gestiones precisas para la habilitación de los créditos necesarios. Contra dicha Resolución se interpuso recurso administrativo por el que se solicita la nulidad del acto recurrido por limitarse a reconocer-la existencia del derecho, y se pedía que por el órgano competente se declarase «el derecho del recurrente a que se le abone la diferencia reclamada desde su ingreso en el Cuerpo y mientras existe, así como los intereses de demora sobre los atrasos».

Por encima del escaso acierto de la redacción del suplico de su recurso, queda claro que lo que los recurrentes solicitaron de la Administración, primero en vía de petición y luego en vía de recurso administrativo, fue que se les abonasen determinadas cantidades, así como los intereses de demora por los atrasos en su pago. Por eso consideraron «insuficiente» para la satisfacción de su pretensión la respuesta administrativa —que se limitaba a reconocer su derecho y les comunicaba que se estaba tramitando la habilitación de los créditos presupuestarios— y la recurrieron en vía administrativa, solicitando su nulidad, esto es, la sanción que corresponde a los actos que son contrarios a Derecho.

El transcurso del tiempo sin obtener respuesta de la Administración al recurso administrativo se convierte —por el mecanismo del silencio, y sin necesidad de denunciar la mora, manifiestamente improcedente (art. 94.2 L.P.A.)— en una ficción jurídica, en virtud de la cual se considera que lo solicitado por los interesados (en nuestro caso, la nulidad del acto recurrido, en cuanto se limitaba sólo a declarar el reconocimiento del derecho, y la declaración de que se abonasen —ésto es, en imperativo— las cantidades debidas y los intereses de demora) ha sido desestimado por la Administración. Es esta denegación de lo solicitado, y más exactamente, la legalidad de la misma, lo que los recurrentes quisieron someter al control de los Tribunales y éstos rechazaron controlar argumentando que no había acto administrativo objeto idóneo del recurso.

Si el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa es. conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo (art. 1.1 L.J.C.A.), no se da la causa de inadmisión prevista en el art. 82 c) de la L.J.C.A., por

cuanto existe una pretensión (cobrar las cantidades debidas) que se ejerce en relación con diversos actos administrativos: un primer acto que los recurrentes consideran contrario a la ley por limitarse a reconocer la existencia de un derecho, sin proceder a su efectivo cumplimiento, y un segundo acto (la denegación presunta del recurso administrativo) que consideran igualmente no ajustado a Derecho por confirmar la validez del primero. Y todavía habría una manifestación más de la actuación administrativa, susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: la inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la Ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, ésto es, producido por *facta concludentia* que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa. Esto es, la negativa de la Administración al cumplimiento de su deuda pecuniaria, visto el tiempo transcurrido (desde 1986) sin que en los Presupuestos Generales del Estado se incluyeran partidas suficientes, y los muchos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley que generó dicha obligación. Así se desprende del Informe de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, fechado el 12 de junio de 1992 —y que el Abogado del Estado acompaña en sus alegaciones como documentación sobre los trámites seguidos para la ejecución del mandato legal— en el que se dice que la Oficina Presupuestaria de la Dirección General de Asuntos Económicos en el año 1991 realizó la última solicitud de habilitación de créditos para el abono de las cantidades correspondientes a la aplicación de la Disposición adicional cuarta de la Ley 35/1980. En dicho Informe se indica también que en los Presupuestos Generales del Estado de los años sucesivos a la Ley, y hasta 1986, se incluían cantidades que eran insuficientes, lo que no permitía su abono; posteriormente dejaron de incluirse en los Presupuestos.

Es, pues, la conformidad a Derecho de esa serie de actos administrativos —expreso, presunto y tácito— lo que los recurrentes legítimamente (art. 1.1 L.J.C.A.) pretendían someter al control de los Tribunales, para obtener de ellos (art. 42 L.J.C.A.) una Sentencia que declarase, en su caso, la ilicitud de la actuación administrativa y ordenase la adopción de las medidas necesarias para la efectividad o pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada consagrada en la Ley.

Frente a la pretensión de los recurrentes de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 C.E.), y de hacer efectivo con ello el cumplimiento del

principio de legalidad administrativa, no puede objetarse que no existía acto administrativo impugnado, por no encontrarse formulado de manera expresa; ni tampoco que la inactividad administrativa no sea objeto idóneo del recurso contencioso-administrativo, objeciones ambas en las que, en último término, descansan las resoluciones de inadmisión que han sido impugnadas en este proceso de amparo.

Frente a la primera objeción, bastaría con señalar que la propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pone de manifiesto que el acceso a dicha jurisdicción «no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando ... son tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional» Este Tribunal mismo ha manifestado que «el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración» (STC 204/1987, fundamento jurídico 4.º).

Por lo que se refiere a la segunda objeción, esto es, la inidoneidad de la inactividad administrativa como objeto del recurso contencioso-administrativo, hay que decir que de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 C.E.), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 C.E.) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública —positivos o negativos— inmunes al control judicial.

En el presente caso, no se trata de dilucidar si los recurrentes tienen o no derecho a que los Tribunales condenen a la Administración a pagarles las cantidades adeudadas, sino si tienen derecho a someter al examen de los Tribunales la legalidad de lo que ellos consideran un incumplimiento por parte de la Administración de obligaciones nacidas de la Ley y reconocidas en actos administrativos. La exigibilidad de las obligaciones pecuniarias está sujeta, sin lugar a dudas, a la legalidad presupuestaria, pero en el cumplimiento o incumplimiento por la Administración de dicha legalidad también pueden producirse comportamientos ilícitos cuyo control por los Tribunales no puede negarse sino por causas previstas en la Ley que así lo justifiquen.

En consecuencia, una eventual Sentencia que reconociese el derecho de los recurrentes, al cobro efectivo de la deuda y condenase a la Administración al pago, conminándola a adoptar las medidas necesarias para la realización del derecho (art. 110 de la L.J.C.A. y art. 44.3 de la L.G.P.) no carecería en modo alguno de sentido frente a la autotutela ejecutiva de la Administración (art. 44 de la L.G.P. y arts. 105.3 y 108 de la L.J.C.A.), pues no sólo introduce una garantía efectiva hasta ese momento inexistente, mediante la intervención de la autoridad judicial que vela por la ejecución de su Sentencia (arts. 117.3 y 118 C.E.), sino que también permitiría deducir testimonio al orden penal ante la negativa o resistencia de la Administración a proceder a su cumplimiento (art. 110.3 de la L.J.C.A.) (vid. STC 67/1984, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º).

No puede compartirse, por tanto, la afirmación del Ministerio Fiscal en sus alegaciones de que, reducida la cuestión judicial al efectivo cumplimiento del derecho, la pretensión de condena ante la jurisdicción contencioso-administrativa «venía a ser redundante» y que «todo lo que se reclamaba a la Administración estaba ya reconocido». Basta recordar, al respecto, lo ya declarado por este Tribunal en la STC 32/1 982, fundamento jurídico-3.º, a propósito del derecho a la ejecución de las Sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad de dinero, de que «en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de Sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas» (vid. también la STC 167/1987, fundamento jurídico 2.º).

Y este es, cabalmente, el camino que habían intentado los recurrentes al iniciar la vía contencioso-administrativa, a fin de obtener un «título» que hiciese «exigible», presupuestariamente hablando (art. 43.1 de la L.G.P.), la obligación legal del estado, reconocida por la Administración, pero ineficaz no sólo por la falta de créditos presupuestarios consignados en los Presupuestos Generales del Estado, sino también por la inercia o pasividad de la Administración en orden a la habilitación de los créditos suficientes para hacerle frente.

Si bien hay que advertir que «cuando en un litigio el condenado es el Estado, bajo una u otra personalidad, y la condena es de carácter pecuniario, el pago no puede hacerse sin dar cumplimiento a los requisitos exigidos por las normas legales que regulan las Finanzas públicas, entre las que debe destacarse el art. 44 de la Ley General Presupuestaria que modula el cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen gasto

a cargo del Estado» (STC 61/1984, fundamento jurídico 3.º), de modo que como ya se dijo en la STC 206/1993, fundamento jurídico 4.º, «aun cuando la exigibilidad —no el nacimiento— de las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública pueda resultar de resolución judicial firme (art. 43 L.G.P.), ésto no quiere decir que se convierta en un título directamente ejecutable, equivalente a una orden de pago, desde el momento en que los Jueces y Tribunales no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra derechos, fondos, valores o bienes en general de la Hacienda Pública y ha de encauzarse a través de un complejo procedimiento administrativo de ejecución del gasto que en más de un caso necesita una prolongación parlamentaria».

Fue esta vía judicial perfectamente legítima, única posible para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho subjetivo nacido de la Ley, pero que por la inactividad de la Administración amenaza con convertirse en mera declaración de intenciones, la que resultó abruptamente cerrada por las Sentencias judiciales impugnadas, con el resultado de privar a los recurrentes y ahora demandantes de amparo de todo medio de tutela judicial para defender sus derechos e intereses legítimos.

6. De todo lo expuesto se deriva la conclusión de que la interpretación y aplicación de la legalidad llevado a cabo —con evidente formalismo y en sentido desfavorable a la efectividad del derecho fundamental— por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias inadmitiendo el recurso por el concreto motivo de la inexistencia de acto administrativo susceptible de impugnación [art. 82 c) L.J.C.A.], conduce a un resultado lesivo del derecho fundamental de los recurrentes, privándoles de la ejecución de un derecho reconocido en un acto administrativo, puesto que la Sentencia es el único título en virtud del cual pueden compeler a la Administración al cumplimiento.

En definitiva, al considerar que, en el caso, no existe cuestión litigiosa se privó a los recurrentes de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de su pretensión y se impide la revisión jurisdiccional del comportamiento pasivo de la Administración mediante la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada cuya legalidad la Administración había reconocido. Se deja, así, a los recurrentes inermes frente a la Administración y a las expensas de que ésta quiera, voluntariamente, hacer frente al cumplimiento de una obligación pecuniaria nacida de la Ley que exige, sin embargo, la previa existencia de crédito presupuestario suficiente. Situación que resulta incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reco-

nocido por la Constitución reconoce y garantiza» (STC 32/1982, fundamento jurídico 3.º).

Lo que lleva derechamente al otorgamiento del amparo y a la nulidad de las Sentencias impugnadas en cuanto no admiten los recursos contencioso-administrativos por aplicación de la causa de inadmisión establecida por el art. 82 letra c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

III. FALLO

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

- 1.º Reconocer a los recurrentes su derecho a la tutela judicial efectiva.
- 2.º Declarar la nulidad de las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias objeto de los recursos de amparo acumulados en este proceso de amparo.
- 3.º Restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho fundamental y, a tal efecto, retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que el órgano judicial dicte nueva resolución.

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 1995, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando de julio y sucesivas para el próximo número de la REDEM, aunque estén ya publicados en el número 15 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

Abogado del Estado:

No puede acusar de delito cuya comisión no ha ocasionado daño o perjuicio alguno, pues ejercita la acción civil para la reparación de los perjuicios causados a la Administración. STS 49/95.

Acta de la vista del juicio oral:

Valor probatorio. STS 15/95.

Acto de servicio de armas: STS 4/95.

Definición. STS 43/95.

Armas:

Consideración de tal, de un simulador de lanzagranadas. STS 43/95.

Arresto:

Abono para el cumplimiento de la condena. STS 4/95.

Atenuantes:

Embriaguez no habitual. STS 18/95.

No haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas. STS 8/95.

Preterintencionalidad. STS 40/95.

Cabo:

Condición de superior. STS 2/95.

Centinela:

Concepto. STS 3/95.

Competencia:

De los Tribunales militares. STS 25/95; STS 41/95.

Cosa juzgada:

Produce este efecto la primera sentencia de las dos pronunciadas en los procedimientos por los mismos hechos. STS 32/95; STS 33/95.

Cuestión de inconstitucionalidad:

No pueden las partes ejercitar pretensión sobre su planteamiento, por ser facultad del Tribunal. STS 29/95.

Culpa:

“In vigilando”. STS 17/95.

“In eligendo”. STS 17/95.

Deber de defender a España: STS 27/95.

Deber de defender el ordenamiento constitucional: STS 27/95.

Delitos:

Abandono de destino. STS 6/95; STS 42/95; STS 44/95; STS 45/95.

Abandono de servicio de armas. STS 4/95; STS 36/95.

Abandono de servicio de transmisiones. STS 19/95.

Abandono del puesto de centinela. STS 3/95

Abuso de autoridad. STS 1/95; STS 5/95; STS 7/95; 18/95; STS 20/95; STS 35/95; STS 37/95; STS 46/95.

Causando perjuicio grave al inferior. STS 1/95.

Sin causación de resultado. STS 1/95; STS 35/95; STS 37/95; STS 46/95.

Delito continuado. STS 1/95; STS 20/95; STS 46/95.

Trato degradante. STS 1/95.

Allanamiento de dependencia militar. STS 41/95.

Atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional (Art. 58 CPM). STS 39/95.

Atentado contra los medios y recursos de la Defensa Nacional (Art. 59 CPM). STS 40/95.

Contra centinela: desobediencia o resistencia a obedecer órdenes de centinela. STS 3/95; STS 41/95.

Contra la administración de justicia militar. STS 20/95.

Contra la eficacia del servicio: STS 26/95.

Inutilización para el servicio de un vehículo militar causada por imprudencia. STS 47/95; 49/95.

Rectificación de la doctrina jurisprudencial de la Sala. STS 47/95; STS 49/95.

Negligencia en el uso de armas. STS 28/95; STS 43/95; STS 48/95.

No requiere la concurrencia del acto de servicio de armas. STS 48/95.

Contra la hacienda en el ámbito militar: STS 10/95; STS 26/95.

Dstrucción de material militar. STS 39/95.

Deserción. STS 27/95; STS 29/95; STS 32/95; STS 33/95. STS 34/95; STS 46/95.

Ausencia injustificada. STS 34/95.

Ausencia justificada por la angustia causada por la severidad del trato recibido. STS 46/95.

Desobediencia: STS 8/95; STS 15/95; STS 31/95; STS 38/95; STS 49/95.

Frontera entre el delito y las faltas, deberá ser delimitada por el Tribunal. STS 31/95.

Embriaguez en acto de servicio. STS 18/95. ATS 3/95.

Insubordinación:

Insulto a superior. STS 30/95.

Maltrato de obra a superior. STS 30/95.

Maltrato de obra a un inferior. STS 18/95; STS 35/95.

Robo con fuerza en las cosas. STS 36/95.

Trato degradante. STS 1/95.

Ultraje a la bandera. STS 11/95.

Delito continuado: STS 18/95.

Derechos:

A la asistencia de Letrado. STS 21/95.

Proceso sin dilaciones indebidas. STS 22/95.

No incide sobre la calificación penal. STS 14/95.

Documentos:

A efectos de casación. STS 13/95; STS 37/95; STS 40/95. ATS 3/95.

Acta del juicio oral: Valor a efectos de casación. STS 15/95.

Carácter a efectos casacionales.

No tienen tal consideración los informes médicos a efectos casacionales. STS 16/95.

Drogadicción: STS 22/95.

Error de hecho: STS 20/95; STS 37/95; STS 41/95.

ATS 3/95.

Error de prohibición: STS 40/95.

Error vencible: STS 18/95.

Eximentes:

Enajenación mental. STS 13/95; 22/95.

Estado de necesidad. STS 42/95; STS 45/95.

Enajenación mental. STS 13/95.

Guardia Civil:

Naturaleza militar. ATS 20/95.

Guardia de Seguridad: STS 3/95.

Hechos probados: STS 16/95.

Indefensión: STS 20/95.

Indulto:

Propuesta parcial por el Tribunal. STS 39/95.

Juez:

Predeterminado por la ley. STS 24/95.

Jurisdicción militar: STS 24/95; STS 41/95.

Militar: Concepto de superior. STS 24/95.

Objeción de conciencia:

Anterior a la incorporación a filas. STS 29/95.

Sobrevenida. STS 27/95; STS 29/95; STS 32/95; STS 33/95.

Orden militar: STS 15/95.

Ordenamiento constitucional:

No se vulnera por el envío de militares de reemplazo a misiones internacionales. STS 29/95.

Patrulla de Seguridad: STS 3/95.

Pena:

Constitucionalidad del artículo 35 del Código Penal.
STS 27/95.

Individualización. STS 27/95; STS 29/95; STS 45/95.

Proporcionalidad. STS 39/95.

Reglas para su aplicación. STS 27/95.

Presunción de inocencia: STS 1/95; STS 5/95; STS 7/95; STS 12/95; STS 14/95; STS 19/95; STS 20/95; STS 21/95; STS 23/95; STS 30/95; STS 36/95. ATS 3/95.

Se desvirtúa con prueba de cargo suficiente. STS 21/95; STS 23/95; STS 30/95.

No se desvirtúa por las diligencias sumariales no reproducidas, ni averdadas, ni leídas en el acto del Juicio Oral. STS 36/95.

Principio acusatorio: STS 20/95.

Principio "non bis in idem":

Concurrencia de sanción penal con sanciones disciplinarias. STS 4/95; STS 21/95.

Infracción por ser condenado por el mismo hecho en dos procedimientos. STS 32/95; STS 33/95.

Procedimiento:

Dilación indebida en su tramitación. STS 14/95.

Procesado:

Declaración sumarial y regularmente prestada y subsanación antes de la sentencia. STS 4/95.

Prueba:

Acta del juicio oral: valor probatorio. STS 15/95.

Documental:

A efectos de casación. STS 40/95.

Dictámenes médicos. No tienen tal carácter. STS 16/95.

No tienen tal carácter las declaraciones del procesado ni de los testigos. STS 37/95.

Error en la apreciación: STS 22/95. ATS 3/95.

Necesidad de citar a los documentos o designar particulares. STS 37/95.

Error en la apreciación, no existencia. STS 38/95; STS 41/95. ATS 3/95.

Libre apreciación por el Tribunal de Instancia. STS 1/95; STS 3/95; STS 21/95; STS 38/95; STS 46/95.

Pericial. STS 20/95.

Valoración. STS 19/95; STS 20/95; STS 23/95; STS 44/95.

Basta la existencia de una prueba de cargo. STS 20/95.

Recurso de casación:

Acta del juicio oral:

Valor probatorio. STS 15/95.

Cuestiones nuevas:

Inadmisión del planteamiento de las mismas no planteadas en la instancia. STS 9/95.

No puede admitirse una nueva calificación jurídica de los hechos. STS 27/95.

Planteamiento. ATS 3/95.

Documento:

Carácter a efectos casacionales. STS 13/95; STS 37/95; STS 40/95. ATS 3/95.

El error material en la cita del precepto que ampara los motivos de casación alegados, no es motivo para la inadmisión. STS 9/95.

Error de hecho:

Límites. STS 20/95.

Forma. Importancia. ATS 3/95.

Función: Interpretación y unificación de la doctrina.

Informes médicos: No tienen valor de documento a efectos casacionales. STS 16/95.

Mandos Superiores Militares: preparación por un Mando Superior Regional y manifestación del JEME de no interponerlo. ATS 17/95.

Requisitos para la interposición. ATS 3/95.

Responsable civil subsidiario:

Legitimación para impugnar todos los aspectos prácticos y jurídicos que constituyen el presupuesto para el nacimiento, desarrollo y extinción de la responsabilidad civil. STS 9/95

Responsabilidad civil:

Subsidiaria del Estado. STS 9/95; STS 16/95; STS 26/95.

Responsabilidad objetiva: STS 17/95.

Responsable civil subsidiario:

Legitimación para impugnar todo los aspectos prácticos y jurídicos que constituyen el presupuesto para el nacimiento, desarrollo y extinción de la responsabilidad civil. STS 9/95.

Sanción disciplinaria:

Infracción del art. 4 de la L.O. 12/85 al imponerse sin aguardar a la sentencia penal. STS 4/95.

Sentencia:

Congruencia. STS 20/95.

Contradicción: no existencia en los hechos probados declarados en la sentencia. STS 12/95.

Error material: rectificación en relación con las penas accesorias. STS 44/95.

Motivación. STS 21/95; STS 44/95.

Rectificación: por error material en relación con las penas accesorias. STS 44/95.

Servicio de transmisiones: STS 19/95.

Servicios: Nombramientos. STS 38/95.

Sobreseimiento:

Vinculación negativa para el Tribunal cuando las partes no sostienen la acusación. STS 10/95.

Tutela judicial efectiva: STS 12/95; STS 20/95; STS 21/95; STS 27/95;
STS 44/95.

Vigilante en acto de servicio de armas: STS 3/95.

Voto particular:

Valor de la versión fáctica contenida en él. STS 12/95.
STS 42/95.

JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

(Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)

SENTENCIA NUM. 1/95

- Sentencia:** De 18 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación parcial del recurso.
- Materia:** Principio constitucional de presunción de inocencia y valoración de la prueba por el Tribunal. Análisis del artículo 104 del Código Penal Militar como tipo básico de abuso de autoridad que no exige la causación de un resultado. Delito continuado. Elementos constitutivos. Inexistencia del delito previsto en el artículo 106 del Código Penal Militar: diferencia entre una acción arbitraria de coacción y el trato inhumano o degradante. El requisito de «irrogar perjuicio grave al inferior» en el artículo 103 del Código Penal Militar.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.2 de la Constitución. Artículo 885.1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 12, 103, 104 y 106 del Código Penal Militar. Artículo 69 bis del Código Penal. Artículo 9 de la Ley Orgánica 12/1985.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 38-42).

SENTENCIA NUM. 2/95

- Sentencia:** De 19 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar. Reconocimiento de la condición de Cabos en el cumplimiento de sus obligaciones del servicio. Elementos integrantes del tipo penal. Expresiones ofensivas dirigidas a superiores jerárquicos.
- Normas aplicadas:** Artículo 101 del Código Penal Militar.

BJM, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 43-45).

SENTENCIA NUM. 3/95

- Sentencia:** De 23 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de la ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.
- Materia:** Definición del concepto de centinela en el artículo 11 del Código Penal Militar. Requisitos. Militares componentes de la Guardia de Seguridad. Rechazo de la interpretación restrictiva del concepto de centinela. Idéntica protección penal de los centinelas en sentido estrictivo, vigilantes en acto de servicio de armas y patrullas de seguridad. Elementos del delito

de desobediencia a órdenes de centinela. Segunda sentencia: condena a los procesados como autores de un delito de desobediencia a órdenes de centinela.

Normas aplicadas: Artículos 11, 16 y 85 del Código Penal Militar. Artículos 385 a 391, 393, 396 y 427 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 46-50):

SENTENCIA NUM. 4/95

Sentencia: De 30 de enero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo militar.

Ponente: D.José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar por infracción de la ley y precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

Materia: Delito de abandono de servicio de armas del artículo 144.3.º del Código Penal Militar. Infracción del artículo 4 de la LO 12/1985 al imponerse una sanción disciplinaria sin aguardar a la sentencia penal. Severa llamada de atención de la Sala. Definición de actos de servicio de armas. Declaración sumarial del procesado irregularmente prestada y subsanación antes de la sentencia. Referencia al principio «non bis in idem» y concurrencia de una sanción penal con sanciones disciplinaria. Abono del arresto sufrido por el condenado.

Normas aplicadas: Artículos 4. 8.8.º, 9.6.º, 18 y 45 de la Ley Orgánica 12/1985. Artículos 16, 27 y 144.3.º del Código Pe-

nal Militar. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 25.1 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 51-57).

SENTENCIA NUM. 5/95

- Sentencia:** De 1 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de la ley y precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de abuso de autoridad del artículo 104 del Código Penal Militar. Principio constitucional de presunción de inocencia: requisitos. Soberana facultad de valoración de las pruebas por parte del Tribunal.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.2 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 58-60).

SENTENCIA NUM. 6/95

- Sentencia:** De 2 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D.Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Segunda).

Materia: Abandono de destino. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículo 119 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 61-64).

SENTENCIA NUM. 7/95

Sentencia: De 7 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales y de la ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Primera).

Materia: Abuso de autoridad. Presunción de inocencia. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 24.2 de la Constitución; 322 de la Ley Procesal Militar; 104 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 65-69).

SENTENCIA NUM. 8/95

Sentencia: De 7 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto.

Materia: Desobediencia. La condición de militar. El padecimiento de una psicopatía que determina la exclusión del servicio militar, no significa que excluya la imputabilidad de quien comete un hecho delictivo una vez incorporado a filas.

Normas aplicadas: Art. 8.2. 15, 16, 102.2º del Código Penal Militar.

Segunda sentencia

Materia: Desobediencia. Atenuante del artículo 22.1 del Código Penal Militar y 9.10 del Código Penal Común.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 70-75).

SENTENCIA NUM. 9/95

Sentencia: De 8 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José L. Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Primera).

Materia: El error material en la cita del precepto que ampara los motivos de casación alegados, no es motivo para una inadmisión. Legitimación del responsable civil subsidiario para impugnar todos los aspectos fácticos y jurídicos que constituyen el presupuesto para el nacimiento, desarrollo y extinción de la responsabilidad civil, aun cuando se haya producido la conformidad del acusado.
Inadmisión del planteamiento de cuestiones nuevas no planteadas en la instancia. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por militares. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Artículos 112, 114, 650, 651, 652, 655, 692, 695, 700, 737, 849, 1,854, 885.1.º y 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 5, 15, 19, 22 y 101 del Código Penal; 48 del Código Penal Militar; 277 y 279 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 76-83).

SENTENCIA NUM. 10/95

Sentencia: De 15 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar

Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de ley contra auto de sobreseimiento definitivo y total del Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Segunda).

Materia: Sobreseimiento: Vinculación negativa para el Tribunal cuando las partes no sostienen la acusación. Delito contra la hacienda en al ámbito militar: inexistencia. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 849.1.º. 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 248, 249, 250 de la Ley Procesal Militar; 167 del Código Penal Militar.

(*BJM*. núm, 3, enero-marzo, 1995, pag 84-86).

SENTENCIA NUM. 11/95

Sentencia: De 16 de febrero de 1995

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo.

Materia: Delito de ultraje a la bandera. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 89 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm 13, enero-marzo, 1995, pág. 87-89).

SENTENCIA NUM. 12/95

Sentencia: De 17 de febrero de 1995

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar

Ponente: D. José Francisco de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de precepto constitucional, de ley y por quebrantamiento de forma contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto.

Materia: No existe contradicción entre los hechos probados declarados en la sentencia. La sentencia ha resuelto sobre los puntos que fueron objeto de acusación y defensa. No concurrencia de las atenuantes alegadas. Presunción de inocencia y tutela efectiva: no se han infringido. (Desestimación del recursos).

Normas aplicadas: Art. 851.1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 9.4.º, 9.º y 10 del Código Penal Común; 24 de la Constitución.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 90-94)

SENTENCIA NUM. 13/95

- Sentencia:** De 20 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero. Sección Primera.
- Materia:** Documentos a efectos casacionales. Inexistencia de enfermedad psíquica. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículos 849.1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 8.1. del Código Penal Común.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 95-97)

SENTENCIA NUM. 14/95

- Sentencia:** De 21 de febrero de 1995
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo.
- Materia:** Presunción de inocencia. Delito de deslealtad. Proceso sin dilaciones indebidas: no incide sobre la calificación penal. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.2 de la Constitución; 115 del Código Penal Militar; 849,1º de la Ley, de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág 98-101)



SENTENCIA NUM. 15/95

- Sentencia:** De 22 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recursos de casación por infracción de ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto.
- Materia:** Documentos casacionales. Acta del juicio oral: Valor. Delito de Desobediencia. Orden Militar. (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 849, 1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 19 y 102 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 102-105).

SENTENCIA NUM. 16/95

- Sentencia:** De 23 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Segunda.
- Materia:** Documentos que muestran el error en la apreciación de la prueba: no se citan; no tienen tal carácter los dictámenes médicos. Hechos probados. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado. (Desestimación del recurso).

Normas aplicadas: Art. 849.1.º y 2.º. 851.1.º, 88.1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 24 de la Constitución, 19 y 104 del Código Penal; 48 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm 13, enero-marzo, 1995, pág. 106-109)

AUTO NUM. 3/95

- Auto:** De 6 de febrero de 1995
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley y de precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Inadmisión del recurso.
- Materia:** Delito de embriaguez en acto de servicio y abandono de puesto de centinela. Función del recurso de casación; declarar la interpretación más correcta de las normas legales y unificar la interpretación legal para salvaguardar la seguridad jurídica. La impotencia de la forma en el recurso de casación. Concurrencia de la causa de inadmisibilidad núm. 4.º del artículo 884 de la Ley en Enjuiciamiento Criminal. La presunción de inocencia y la apreciación de la prueba por el Tribunal. Planteamiento de una cuestión nueva en casación. El error de hecho en la apreciación de la prueba y el concepto de documentos a efectos casacionales.
- Normas aplicadas:** Artículos 884.1.º, 3.º, 4.º y 6.º y 885.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 24 de la Constitución. Artículo 322 de la Ley Orgánica Procesal. Artículo 8.1.º del Código Penal.

(*BJM*, núm 13, enero-marzo, 1995, pág. 110-112).

SENTENCIA NUM. 17/95

- Sentencia:** De 1 de marzo de 1995
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D.José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Culpa «in vigilando». Culpa «in eligendo». Responsabilidad objetiva. Tutela judicial efectiva. Indefensión.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.1 de la Constitución; 849.1 y 849.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 159, segundo, del Código Penal Militar; 2 del Código Penal Militar; 317 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm 14, abril-junio, 1995,pág. 7-12).

SENTENCIA NUM. 18/95

- Sentencia:** De 2 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.
- Materia:** Embriaguez en acto de servicio y abuso de autoridad. Error vencible. Delito continuado. Atenuante de embriaguez no habitual y no preordenada al delito. Compatibilidad del tipo delictivo y atenuante. Maltrato de obra a inferior.

Normas aplicadas: Artículos 847, 849 y 884.3° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 148. segundo y 104 del Código Penal Militar; 5 y 35 del mismo Código Penal Militar; 9.2° y 69 bis del Código Penal Ordinario

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 13-15).

SENTENCIA NUM. 19/95

Sentencia: De 6 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Francisco Mayor Bordes.

Procedimiento: Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.

Materia: Servicio de transmisiones. Abandono de servicio de transmisiones. Presunción de inocencia y valoración de la prueba por el Tribunal. Análisis del artículo 104 del Código Penal Militar en relación con Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.

Normas aplicadas: Artículos 24.2 de la Constitución; 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 144.3 del Código Penal Militar; 233 a 236 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 16-19).

SENTENCIA NUM. 20/95

Sentencia: De 8 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Alegación de error de hecho: límites en la casación, presunción de inocencia. Valoración de la prueba: es suficiente la existencia de una prueba de cargo. Art. 103 del Código Penal Militar, abuso de autoridad con carácter de delito continuado. Vulneración del principio acusatorio y principios de tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión: no hay incongruencia entre la acusación y la condena. Valoración de una prueba concreta (cinta magnetofónica). Art. 182 de la Ley Procesal Militar; delito consumado contra la Administración de Justicia Militar.
- Normas aplicadas:** Artículo, 18.3.º y 24 número., 1 y 2 de la Constitución; arts. 849, 1.º y 2.º y 85 1. 1.º y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 188 y 189 de la Ley Procesal Militar; 103 y 182 del Código Penal Militar y 69 bis del Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 20-25).

SENTENCIA NUM. 21/95

- Sentencia:** De 14 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.

Materia: Vulneración tutela judicial efectiva. Deber de motivar la sentencia. Presunción de inocencia: existencia de una prueba de cargo suficiente en contra. Soberanía del Tribunal en este tema. Principio «non bis in idem»: compatibilidad penal y sanción disciplinaria en el campo militar. Derecho a la asistencia de Letrado.

Normas aplicadas: Artículos 17. 24 números 1 y 2 y 25 de la Constitución; 349.1. 884. 4.ª v 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial; 85.2 y 120 de la Ley Procesal Militar. 99.3 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1996, pág. 26-31).

SENTENCIA NUM. 22/95

Sentencia: De 15 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Francisco Mayor Bordes.

Procedimiento: Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.

Materia: Inadecuada aplicación del art. 102.1.º de la Ley Procesal Militar. Gravedad suficiente para que la infracción sea delito y simple grave disciplinaria. Error de hecho en la apreciación de la pri Derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones bidas. Concurrencia eximente enfermedad mental y drogadicción.

Normas aplicadas: Artículos 24 de la Constitución; 849. número 1 y 2 de la Le Enjuiciamiento Criminal; 313 y 322 de la Ley Procesal Militar de la Ley Orgánica del Poder

Judicial; 102.1.º y 117 del Código Penal Militar: 9. 1.º y 10. 1.º del Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág 32-38).

SENTENCIA NUM. 23/95

- Sentencia:** De 16 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.
- Materia:** Valoración en conciencia de la prueba. Presunción de inocencia; art. 24.2 de la Constitución. Existencia de una prueba de cargo en contra lo desvanece.
- Normas aplicadas:** Artículos 24.2 y 117.3 de la Constitución; 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 119 bis del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág 39-41).

SENTENCIA NUM. 24/95

- Sentencia:** De 25 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley y de precepto constitucional contra Auto del Tribunal

Militar Territorial desestimando declinatoria de jurisdicción (Desestimación del recurso).

Materia: Superior militar: el militar de empleo jerárquicamente más elevado siempre es superior. Juez ordinario predefinido por la ley: la sumisión a la Jurisdicción Militar queda establecida en cuanto los hechos enjuiciados están comprendidos en el Código Penal Militar.

Normas aplicadas: Artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 12. 15 y 104 del Código Penal Militar: 24.2 de la Constitución; 325 de la Ley Proceso Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 42-44).

SENTENCIA NUM. 25/95

Sentencia: De 28 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Francisco de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso de casación penal contra auto del Tribunal Militar Territorial (Estimación del recurso).

Materia: Planteada la cuestión de falta de competencia de un Tribunal Militar Territorial para conocer de hechos cometidos por un militar cuando éste asciende al empleo de Comandante, dicho Tribunal sólo puede resolver remitir las actuaciones al Tribunal Militar Central, pero nunca a la jurisdicción ordinaria.

Normas aplicadas: Artículos, 10, 12 y 24 de la Ley Procesal Militar; 34.1 y 45.1 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 45-47).

SENTENCIA NUM. 26/95

- Sentencia:** De 29 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley, interpuesto contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación.
- Materia:** Delito contra la eficacia del servicio: artículo 159, párrafo segundo del Código Penal Militar; Delito contra la hacienda en el ámbito militar: artículo 196.2.º del mismo Código. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado, basada en criterios marcadamente objetivos. Si hay criterios para la fijación del *quantum*, y el Tribunal lo realizó en debida forma.
- Normas aplicadas:** Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 145.2.º de la propia Ley de Enjuiciamiento; 85.2.º de la Ley Procesal Militar; 159.2.º y 196.2.º del Código Penal Militar y 48 del Código Penal Militar y 22 del Código Penal Común.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 48-51).

SENTENCIA NUM. 27/95

- Sentencia:** De 29 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Voto Particular:** D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación penal por infracción de ley, y precepto constitucional contra sentencia de Tribunal Militar Territorial. Desestimación.

Materia: Tutela judicial efectiva. Desertor y objetor de conciencia sobrevenido: Ley 48/1994 fija límites temporales para el ejercicio de dicho derecho. Artículo 30.1.º de la Constitución: debe de defender a España. No puede admitirse en casación una nueva calificación jurídica de los hechos. Los convenios internacionales forman parte ordenamiento constitucional y los integrantes de las Fuerzas Armadas tienen el deber de defender a España y a dicho ordenamiento. No es anticonstitucional el art. 35 del Código Penal Militar, respecto a un mayor arbitrio judicial en cuanto a la imposición de las penas, pero hay que dejar bien sentadas las bases para su individualización. No cabe la aplicación de las normas de los arts. 61 y 62 Código Penal ordinario.

Normas aplicadas: Artículos 17.1. 25.1 y 30.2 de la Constitución; 349,1.º y 2.º y 884.4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 325 de la Ley Procesal Militar; 35, 120 y 123 del Código Penal Militar y 61 y 62 del Código Penal ordinario.

Voto Particular: Los hechos podrían ser incardinados en el art. 127 del Código Penal Militar vigente cuando ocurrieron los hechos.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 52-61).

SENTENCIA NUM. 28/95

Sentencia: De 29 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal de la acusación particular por infracción de ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Imprudencia en el uso de armas. El supuesto de párrafo 2.º, inciso primero del art. 159 CPM es delito de características destinadas a los del apartado primero. Centinela que hace uso del arma de forma militarmente correcta. Está en lo cierto la sentencia que llega a la conclusión exculpatoria por inexistencia de imprudencia, pero también debió decir que el centinela obró en cumplimiento de su obligación.
- Normas aplicadas:** Artículos 159.2 C.P.M. Artículo 61 RR.OO FAS: y 380 a 386 de RR.OO. del Ejército de Tierra.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 62-65).

SENTENCIA NUM. 29/95

- Sentencia:** De 30 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José L. Bermúdez de la Fuente.
- Voto Particular:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal del condenado por infracción de preceptos constitucionales y de ámbito europeo y por infracción de Ley contra sentencia del Tribunal Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Deserción. Objeción de conciencia previa a incorporación a filas no es equiparable a objeción de conciencia sobrevenida, pues ésta carece de soporte legal. No vul-

nera el orden constitucional el envío de militares de reemplazo a misiones internacionales. No pueden las partes ejercer pretensión sobre planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por ser ello facultad del Tribunal. El sistema del art. 35 del CPM para imponer pena justa es válido y eficaz; individualización de la pena.

Normas aplicadas: C.E. arts. 8: 17.1, 25.1. 30.1 y 2. C.P.M. arts. 35, 68, 120. 123 y 127. RR.OO. FAS art. 9. Convenio Europeo de Derechos Humano art. 5.1 y 7.1. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, art. 18.1. Ley 48/84 sobre objeción de conciencia.

(BJM, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 66-73).

SENTENCIA NUM. 30/95

- Sentencia:** De 31 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal del condenado por infracción de ley, quebrantamiento de *forma* y violación de preceptos constitucionales contra sentencia de Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Insulto a superior. Presunción de inocencia. no se vulnera si hay actividad probatoria suficiente. La declaración de la víctima tiene valor de actividad probatoria de cargo. En el párrafo 3.º del art. 99 del CPM se cobijan todas las manifestaciones de una vis física ejercida sobre el superior, no previstos en las restantes modalidades delictivas, que por mínimos que sean trasciendan al ámbito penal al quebrantar el principio de subordinación.

Normas aplicadas: C. E. 24.2 y 1 1 7.3. C. P. M. art. 99.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 74-79)

SENTENCIA NUM. 31/95

Sentencia: De 31 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.

Voto particular: D. Francisco Mayor Bordes.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley del condenado contra resolución del Tribunal Militar Territorial. Estimación del Recurso.

Materia: Desobediencia. La frontera entre el delito y las faltas deberán ser delimitada por el Tribunal. No comete desobediencia el encartado en expediente disciplinario que se niega a acudir a la comparecencia ordenada por el Instructor.
Voto particular, fundado en que la orden se refiere al servicio que al encartado corresponde.

Normas aplicadas: C.P.M. art. 102.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 80-87).

SENTENCIA NUM. 32/95

Sentencia: De 4 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de precepto constitucional, del condenado, contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.

Materia: Deserción. Marinero que el 15 de enero de 1991 no se reincorpora a su unidad, sino que sin permiso ni autorización de sus superiores permaneció fuera del control militar hasta que el 4 de abril siguiente se presentó ante el Juez Togado, alegando entonces motivos de conciencia. Ingresado en prisión, al ser puesto en libertad provisional el 3 de julio, no se incorpora a su unidad, permaneciendo ausente hasta junio del año siguiente.

Fue condenado en dos procedimientos separados por sendos delitos de deserción, según el entonces vigente art. 120 del CPM. Infracción del principio "non bis in idem", por haber sido condenado en dos procedimientos por el mismo hecho.

La primera sentencia proyecta un efecto de cosa juzgada.

La conducta penada tiene la unidad que le proporciona una «objección de conciencia sobrevenida».

La objeción de conciencia sobrevenida no tiene validez jurídica alguna. Es un hecho penalmente típico que solo puede ser realizado una vez.

Normas aplicadas: Artículos 102. 120. 127 CPM; C.E. art. 125. 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14.7.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 88-93).

SENTENCIA NUM. 33/95

Sentencia: De 4 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de precepto constitucional del condenado contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.

Materia: Deserción. Marinero que el 20 de enero de 1991 no regresa a su barco, permaneciendo en ignorado paradero hasta que el 4 de abril siguiente se presentó ante el Juez Togado, alegando entonces motivos de conciencia.

Ingresado en prisión, al ser puesto en libertad provisional el 3 de julio no se incorpora a su unidad, por lo que fue decretada su busca y captura.

Fue condenado en dos procedimientos distintos por sendos delitos de deserción, según el entonces vigente art. 120 del CPM.

Infracción del principio «non bis in idem» por haber sido condenado en dos procedimientos por el mismo hecho.

La primera sentencia proyecta un efecto de cosa juzgada.

La conducta penada tiene la unidad que le proporciona una objeción de conciencia sobrevenida. La objeción de conciencia sobrevenida no tiene validez jurídica alguna. Es un hecho penalmente típico que sólo puede ser realizado una vez.

Normas aplicadas: Arts. 102, 120 y 127 CPM. CE art. 125.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14.7.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 94-99).

SENTENCIA NUM. 34/95

Sentencia: De 5 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Potentete: D. Francisco de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley, del condenado contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Desestimación del Recurso.

Materia: Deserción. Alegación de que el padre se hallaba hospitalizado siendo necesaria aportación económica. No es de apreciar eximente de estado de necesidad. El condenado nada hizo para utilizar otros medios legítimos para evitar la alegada colisión de intereses.

Normas aplicadas: Art. 120 C.P.M.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 100-102).

SENTENCIA NUM. 35/95

Sentencia: De 5 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de ley, del condenado contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

Materia: Abuso de autoridad. Se reitera que en su modalidad de maltrato de obra a inferior se comete cuando se produce una agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona. con o sin menoscabo de la integridad salud o capacidad de la misma, y únicamente cabe en forma dolosa.

Normas aplicadas: C.P.M. art. 104.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio 1995, pág. 103-105).

SENTENCIA NUM. 36/95

- Sentencia:** De 8 de abril de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, del condenado contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Estimación del Recurso.
- Materia:** Abandono de Servicio de Armas. Robo con fuerza en las cosas, presunción de inocencia. La afirmación del acusado no ha sido desvirtuada ni contradicha. No destruyen la presunción las diligencias sumariales no reproducidas ni averadas, ni leídas en el acto del juicio oral. Para que una conducta pueda ser tipificada como delito de abandono de servicio de armas se requiere que el militar se ausente del lugar de la prestación sin haber solicitado el oportuno permiso de su superior, de forma que no acreditada la falta de autorización no hay tipicidad.
- Normas aplicadas:** C.P.M. art. 104.4.º; Código Penal, arts. 500. 504.3 y 505.; C.E. art. 24.2.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 106-109).

SENTENCIA NUM. 37/95

- Sentencia:** De 10 de abril de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Desestimación del Recurso.

Materia: Abuso de autoridad. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Falta de designación de los particulares del documento auténtico. Reitera que las declaraciones del procesado y testigos no tienen condición de documento «susceptible» para desvirtuar el resultado de la prueba.
Reitera que el maltrato de obra consiste en toda agresión, violencia o acometimiento físico de superior a inferior con o sin menoscabo de la integridad, salud, o capacidad de la persona, aún en los supuestos en qué la agresión no haya producido resultado lesivo alguno.

Normas aplicadas: Art. 104 C.P.M.; R.O. FAS Art. 9.11.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 110-112).

SENTENCIA NUM. 38/95

Sentencia: De 19 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Baltasar Rodríguez Santos.

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia del Tribunal Militar Territorial. Desestimación del Recurso.

Materia: Desobediencia. Inexistencia de error en apreciación de la prueba. Corresponde al Tribunal de Instancia la valoración de las declaraciones testimoniales. Las objeciones sobre nombramiento de servicios deben hacerse cumpliendo el art. 32 de las RR.OO.

Voto particular: La desobediencia susceptible de ser penada conforme al art. 102 del CPM ha de realizarse como vulgarmente se dice de «cara a cara». faltando en este caso esta nota de transmisión y recepción directas.

Normas aplicadas: C.P.M. art. 102 párrafo 2.ª y art. 16; RR.OO. art. 32.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 113-125).

SENTENCIA NUM. 39/95

Sentencia: De 27 de abril de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito de atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional. Conjeturas sobre el estado anímico del procesado que contradicen la declaración probatoria. Propuesta del Tribunal de indulto parcial de la pena. Necesidad constitucional de la proporcionalidad de la pena. Producción intencionada de daños graves y artículo 195 del Código Penal Militar. Comparación con las penas previstas para los delitos contra la disciplina. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución. Artículos 41, 58.1. 99.3, 104, 106 y 195 del Código Penal Militar. Artículo 563 del Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 126-129).

SENTENCIA NUM. 40/95

- Sentencia:** De 28 de abril de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra la sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional. Concepto de documento a efectos casacionales. Inaplicación de la atenuante de preterintencionalidad a los delitos de mera actividad como el descrito en el artículo 59.1 del Código Penal Militar. Exclusión del error de prohibición. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas:** Artículo 59.1 del Código Penal Militar. Artículos 6 bis a) y 9.4.º Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 130-132).

SENTENCIA NUM. 41/95

- Sentencia:** De 8 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delitos de allanamiento de dependencia militar y desobediencia a órdenes de centinela. Inconsistencia de la alegación de incompetencia de la Jurisdic-

ción Militar. Inexistencia de error de hecho en la apreciación de la prueba. Allanamiento de dependencia militar: zona de piscinas que forma parte de un Acuartelamiento Militar. El denominado «auto-encubrimiento impune» de quien trata de eludir la detención. Delito de desobediencia a órdenes de centinela. Bien jurídico protegido. El que viene huido y su fin es escapar, no atenta contra el centinela y su no aceptación del «alto» no constituye delito de desobediencia. Estimación parcial del recurso.

Segunda Sentencia: Condena por un delito de allanamiento de Acuartelamiento y absolución del delito de desobediencia a centinela.

Normas aplicadas: Artículo 24 de la Constitución. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 4/1987. Artículo 320 y 590 del Código Penal. Artículos 61 y 85 del Código Penal Militar. Artículos 9 y 10 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 133-138).

SENTENCIA NUM. 42/95

Sentencia: De 17 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recurso de casación penal contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito de abandono de destino en tiempo de paz. Alegación de la eximente de estado de necesidad. Valor de la versión fáctica contenida en un voto particular. Inexistencia de una situación de inminencia

de un mal grave que no pueda ser evitado con otros medios. Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el estado de necesidad. No concurrencia de la eximente, completa ni incompleta. invocada. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículo 8.7.º del Código Penal. Artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 35 v 119 bis, del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 139-142).

SENTENCIA NUM. 43/95

Sentencia: De 23 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito contra la eficacia del servicio previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, del Código Penal Militar. Inexistencia de actuación negligente de un tercero capaz de romper el nexo causal entre acción y resultado lesivo. Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Consideración de arma de un simulador de lanzagranadas y definición de acto de servicio de armas. Estimación del recurso.

Segunda sentencia: Condena al procesado como autor de un delito contra la eficacia del servicio.

Normas aplicadas: Artículo 16 y 159 del Código Penal Militar. Artículo 6 del Reglamento de Armas.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 143-147).

SENTENCIA NUM. 44/95

- Sentencia:** De 23 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito de abandono de destino o residencia. La sentencia cumple la exigencias indispensables de motivación de su convicción resolutoria. No vulneración de la tutela judicial efectiva. Existencia de prueba suficiente de carácter incriminatorio. Requisitos del tipo previsto en el artículo 119 del Código Penal Militar. Concurrencia del dolo genérico exigible. Rectificación de error material de la sentencia en relación con las penas accesorias.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.1 de la Constitución. Artículos 28, 29 y 119 del Código Penal Militar. Artículo 96 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 148-151).

SENTENCIA NUM. 45/95

- Sentencia:** De 24 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito de abandono de destino. Alegación de la eximente de estado de necesidad. Circunstancias valoradas por el Tribunal para la imposición de la pena en la extensión mínima. Argumento ya expuestos en la sentencia 42/95 de la misma Sala. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículo 119 bis del Código Penal Militar. Artículo 8.7.º del Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 152-154).

SENTENCIA NUM. 46/95

Sentencia: De 25 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito continuado de abuso de autoridad por maltrato de obra a un inferior. Facultad soberana del Tribunal en orden a la valoración de la prueba. Inexistencia de contradicción entre la condena del superior por abuso de autoridad y la absolución del maltratado por el delito de desertión al haberse acreditado un estado de angustia por la severidad del trato recibido.

Normas aplicadas: Artículo 322 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículo 8. 10 del Código Penal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 155-157).

SENTENCIA NUM. 47/95

- Sentencia:** De 26 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Delito contra la eficacia en el servicio. Rectificación de la doctrina jurisprudencial de la Sala: Incurrir en el párrafo 2.º del artículo 155 del Código Penal Militar el militar que, con su conducta imprudente, da lugar a que se ocasionen daños en un vehículo de transporte que supongan su inutilización para la unidad militar. Estimación del recurso.
- Segunda Sentencia:** Condena al procesado como autor de un delito contra la eficacia del servicio.
- Normas aplicadas:** Artículo 155 del Código Penal Militar. Artículo 8.26.º de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 158-161).

SENTENCIA NU. 48/95

- Sentencia:** De 30 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de negligencia profesional en acto de servicio de armas. Inexistencia del vicio de quebrantamiento de forma por predeterminación del fallo. Interpretación del artículo 159 del Código Penal Militar. Basta una actividad profesionalmente negligente para la comisión del delito contra la eficacia del servicio. La impericia profesional del militar en acto de servicio, propio de las Fuerzas Armadas, causante de la muerte, lesiones o daños, constituye el delito previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, inciso primero, del Código Penal Militar, sin que sea necesaria la concurrencia del acto de servicio de armas. Desestimación del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 4.16 y 159 del Código Penal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 162-168).

SENTENCIA NUM. 49/95

Sentencia: De 31 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Delitos de desobediencia y contra la eficacia del servicio. El Agobado del Estado no puede acusar de delito cuya comisión no ha ocasionado daño o perjuicio alguno, puesto que ejercita la acción civil para la reparación de los perjuicios de la Administración, de los que se deduce la impugnabilidad de la absolución por el delito de desobediencia. Rectificación de la doctrina jurisprudencial de la Sala: si

un militar, con su conducta imprudente, da lugar a que se ocasionen daños en un vehículo de transporte que supongan la inutilización para la unidad militar, incurre en el párrafo 2.º del artículo 155 del Código Penal Militar. Estimación del recurso.

Segunda Sentencia: Condena al procesado como autor de un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de inutilización por imprudencia en tiempo de paz de un medio de transporte militar.

Normas aplicadas: Artículos 19,102 y 155 del Código Penal Militar. Artículos 276.6º y 277 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículos 650, 651 y 854 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 169-174).

AUTO NUM. 17/95

Auto: De 4 de mayo de 1995

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso de queja contra Auto de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Preparación de un recurso de casación por el Asesor Jurídico de un Mando Militar Superior Regional y manifestación del Teniente General Jefe del Estado Mayor de no interponer recurso. El Tribunal de Instancia debe limitarse a la comprobación de los requisitos procesales establecidos sin hacer valoraciones sobre la influencia que la decisión de un Mando Militar Superior pueda tener sobre el recurso intentado por otro Mando Militar. Estimación de la queja.

Normas aplicadas: Artículos 856, 857 y 858 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 326 y 327 de la Ley Orgánica Militar. Artículos 111 y 112 de la Ley Orgánica 4/1987.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 175-176).

AUTO NUM. 20/95

Sentencia: De 22 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo, Sala de lo Militar.

Ponente: D. Francisco Mayor Bordes.

Procedimiento: Recurso de casación penal militar por violación de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

Materia: Naturaleza que la legislación positiva, el Tribunal Constitucional, la Sala de Conflictos de Jurisdicción y el Tribunal Supremo atribuyen al Cuerpo de la Guardia Civil: Instituto Armado de naturaleza militar con sometimiento a su legislación específica y al Ordenamiento Militar. Inadmisión del motivo primero del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 9 b), 13 y 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986. Artículos 34.7, 39, 45.6 y 49 de la Ley Orgánica 4/1987. Artículos 1.3 y 4.3 de la Ley 16/1989, artículo 1 de la Ley Orgánica 11/1991. Artículos 65 a 66 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 177-178).

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 1995, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando de julio y sucesivas para el próximo número de la REDEM, aunque estén ya publicados en el número 15 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

Abstención:

La recusación no se aplica a los Mandos con potestad sancionadora ni a sus Asesores Jurídicos. STS 25/95

Actos de trámite:

Irrecurribilidad de los actos de trámite. STS 25/95.

Ambito personal:

Sujeción de los Guardias Civiles en situación de reserva activa a la Ley Disciplinaria. STS 19/95.

Arresto:

Cómputo. STS 25/95.

Arresto preventivo:

Examen del arresto preventivo impuesto en virtud del art. 18.2 de la L.O. 11/91. STS 24/95.

Motivación suficiente del adoptado en el procedimiento sancionador. STS 25/95.

No forma parte del procedimiento sancionador "stricto sensu", adoptado en virtud del art. 18.2 de la L.O. 11/91, por lo que la nulidad del arresto no conlleva la del procedimiento sancionador. STS 24/95.

Competencia:

Falta de competencia de la jurisdicción militar para ejercer el control de la actuación administrativa no disciplinaria. ATS 1/95.

Derechos fundamentales:

No puede prosperar en casación la denuncia de violaciones de derechos fundamentales si se limita a citar determinados preceptos de la Constitución sin exponer razonamiento alguno. STS 6/95.

Desviación de poder:

Necesidad de acreditarse el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral que está sujeto a seguir. STS 18/95.

Expediente gubernativo:

Falta de regularidad en la tramitación del expediente. STS 4/95.
Observar mala conducta habitual e incorregible (art 59.2 L.O. 12/85). STS 18195.

Extemporaneidad:

Validez de la entrega en fecha de documentos en las oficinas de Correos cuando van dirigidos a un órgano administrativo. STS 8/95; STS 19/95.

Falta grave:

Hacer manifestaciones basadas en aseveraciones falsas (art 8.17 L.O. 11/91). STS 12/95.

Insubordinación. STS 21/95.

Ser condenado por un Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, mediante sentencia firme dictada en aplicación de normas distintas de las contenidas en el Código Penal Militar, a cualquier falta leve como autor de falta penal dolosa, siempre que afecte al servicio o al decoro de la Institución (8.26 L.O. 11/91). STS 7/95.

Falta leve:

Hacer reclamaciones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo del conducto reglamentario. STS 14/95.

Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales. STS 9/95.

Falta muy grave:

Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares durante el servicio o con habitualidad (art 9.7 L.O. 11/91). STS 19/95.

Fe pública judicial: STS 13/95.

Hechos probados:

No es admisible entrar en casación en el estudio de los hechos probados declarados en la sentencia de instancia. STS 6/95.

Inadmisión:

Por caducidad en el plazo de interposición. STS 8/95.

Por tratarse de un acto sancionador definitivo y firme o confirmatorio de acuerdo consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma. STS 3/95.

Indefensión:

Denegación motivada de prueba en el expediente disciplinario: STS 25/95.

No apreciación por el cambio de calificación jurídica, en las sucesivas alzadas sin nueva audiencia al encartado siempre que la recalificación no se base en un nuevo relato fáctico. STS 15/95; STS 17/95.

No apreciación al no utilizar el recurrente el trámite para subsanar el efecto de la entrega de un expediente incompleto. STS 16/95.

No apreciación por la declaración de irrecurribilidad en la vía contencioso-disciplinaria de un acto de trámite. STS 23/95.

Se produce al aplicar al recurrente en alzada otro tipo disciplinario distinto del recurrido, sin informar previamente al infractor de los nuevos hechos por los que se le atribuye la nueva falta. STS 15/95.

Vulneración por la negativa del Tribunal del recibimiento a prueba. STS 16/95.

Indemnización de daños y perjuicios:

Doctrina de la Sala sobre su procedencia. STS 5/95.

Ha de solicitarse en la demanda. STS 5/95.

Inimputabilidad del encartado:

No concurrencia. STS 18/95.

Instructor:

Diferencias entre el juez de instrucción y el instructor de un expediente disciplinario. STS 25/95.

Interdicción de la arbitrariedad:

No se produce al estar el acto administrativo suficientemente motivado. STS 18/95.

Ministerio Fiscal:

Intervención en el recurso de casación contencioso-disciplinario. STS 10/95.

No vinculación del superior (Fiscalía Togada) al parecer del órgano inferior. STS 10/95.

Notificación:

No existencia de trato degradante en el acto de la notificación. STS 25/95.

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 2/95.

Objeto:

Irrecurribilidad de los actos de trámite. STS 25/95.

Los actos ajenos a los hechos objeto de la sanción, no son imputables al procedimiento sancionador ni a la sentencia recurrida. STS 11/95.

Organo Jurisdiccional:

La práctica de la prueba realizada por un miembro del tribunal sentenciador no inhabilita a éste para dictar sentencia. STS 25/95.

Prescripción:

Cómputo. STS 7/95; STS 20/95; STS 22/95.

Cómputo total nuevo cuando la ley alude a que los plazos volverán o correr. STS 19/95.

Interrupción por la iniciación del procedimiento. STS 20/95.

La actuación administrativa debe desarrollarse con arreglo a la norma de celeridad. STS 7/95.

Presentación de escritos:

Constancia de la fecha de entrada por parte del Secretario Relator en ejercicio de la fe pública judicial. STS 13/95.

Presunción de inocencia:

No se puede revisar en casación el reconocimiento efectuado en la instancia del derecho a la presunción de inocencia. STS 6/95; STS 9/95; STS 19/95 bis.

No se vulnera por la actividad probatoria de cargo. STS 11/95; STS 18/95; STS 19/95.

Producción de efectos en la formulación del juicio de hecho, no en el posterior de la subsunción del hecho en el tipo disciplinario. STS 21/95.

Principio de legalidad: STS 10/95.

No vulneración por parte del Tribunal "a quo" al entender que la conducta sancionadora no era constitutiva de infracción disciplinaria. STS 14/95; STS 21/95.

No se vulnera por no existir la falta de tipicidad alegada. STS 6/95.

No vulneración por ser el hecho constitutivo de infracción disciplinaria que conlleve la sanción de privación de libertad. STS 6/95.

Se vulnera al tipificar como falta una conducta que no constituye infracción alguna. STS 1/95.

Procedimiento sancionador:

Con validez de la práctica de pruebas anteriores al pliego de cargos sin la presencia del encartado. STS 25/95.

Fijación de la fecha de la sanción. STS 22/95.

La entrega de copia del expediente y no del original no infringe ningún derecho fundamental. STS 25/95.

No infracción de normas procedimentales. STS 17/95.

Proporcionalidad de la sanción. STS 4/95.

Prueba:

El testigo en prueba testifical no puede pronunciar juicios de valor o apreciaciones técnicas. STS 4/95.

Existencia de prueba de cargo suficiente. STS 4/95.

La denegación por el instructor de algunas pruebas propuestas no supone que se prescinda de las formas esenciales del procedimiento. STS 12/95.

La práctica de la prueba realizada por un miembro del Tribunal sentenciador no inhabilita a éste para dictar sentencia. STS 25/95.
Valoración del parte militar como elemento probatorio. STS 19/95 bis.

Recurso de alzada:

Posibilidad de revisar por la Autoridad ante quien se recurre la calificación jurídica del hecho recurrido. STS 15/95.

Recurso de casación:

Es causa de desestimiento el planteamiento en casación de cuestiones que no han sido examinadas en el Tribunal de instancia por imperativo legal. STS 11/95.

Intervención del Ministerio Fiscal en el recurso de casación contencioso-disciplinario. STS 10/95.

No es admisible en casación tratar de modificar el relato histórico del Tribunal "a quo". STS 12/95.

No es admisible entrar en casación en el estudio de los hechos probados declarados en la sentencia de instancia. STS 6/95; STS 24/95.

No se puede revisar en casación el reconocimiento efectuado en la instancia del derecho a la presunción de inocencia. STS 6/95; STS 19/95 bis.

Sólo pueden ser denunciados los abusos de las facultades jurisdiccionales por transgresiones de normas que delimiten la competencia y facultades de los tribunales. STS 6/95.

Recurso contencioso-disciplinario militar:

Actos impugnables: deben ser definitivos y causar estado en la vía administrativa: no recurribilidad de los actos de trámite. STS 23/95.

Recurso de queja:

Obligación de informar al sancionado de poder utilizar el recurso de queja contra la resolución sancionadora. STS 2/95.

Recusación:

La recusación no se aplica a los Mandos con potestad sancionadora ni a sus Asesores Jurídicos. STS 25/95.

No concurrencia. STS 25/95.

Reserva activa:

Sujeción de los Guardias Civiles en situación de reserva activa a la Ley Disciplinaria. STS 19/95.

Seguridad jurídica:

No vulneración cuando la sentencia se ampara en la norma y en la eficacia de los actos para hacer depender de la misma la posibilidad de recurso. STS 2/95.

Sentencia:

Congruencia. STS 2/95.

Crítica del Tribunal "ad quem" de la sentencia de instancia al dar por probados en sus fundamentos jurídicos los hechos imputados. STS 10/95.

Incongruencia excesiva. STS 21/95.

La adición fáctica de la sentencia no infringe ningún derecho fundamental. STS 25/95.

Legitimidad de la crítica hecha por el Tribunal de instancia de la resolución anulada. STS 21/95.

Suspensión de funciones:

Acordada en vía no disciplinaria no puede ser objeto de debate en el recurso contencioso-disciplinario. STS 4/95.

Tribunales Médicos militares:

Competencia para conocer sobre la aptitud o no, para el servicio de los miembros de la Guardia Civil. STS 4/95.

Tutela judicial efectiva:

No vulneración cuando la desestimación de la demanda es objeto de una respuesta jurídicamente fundada. STS 17/95.

Se satisface este derecho, con la resolución judicial jurídicamente razonada. STS 2/95.

Sólo es predecible en vía jurisdiccional. STS 25/95.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

(Sala de lo Militar del Tribunal Supremo)

SENTENCIA NUM. 1/95

- Sentencia:** De 17 de enero de 1995
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José F. de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Principio de legalidad: la conducta del sancionado no es constitutiva de infracción disciplinaria al estar subordinado al Jefe de pareja de la Guardia Civil que decidió la actuación irregular.
- Normas aplicadas:** Artículo 25.1 CE. Artículo 7.10 Ley Orgánica 11/1991.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 171-172).

SENTENCIA NUM. 2/95

- Sentencia:** De 17 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José L. Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Incongruencia extensiva: no existe cuando la sentencia se pronuncia sobre la pretensión principal formulada por el demandante. Cuando la notificación de un acto administrativo resulta nula, dicho acto no adquiere firmeza, y el plazo para recurrir permanece abierto. A partir del Auto 60/1980, de 22 de octubre, del Tribunal Constitucional, resultaba obligado informar al sancionado de poder utilizar el recurso de queja contra la resolución sancionadora. La notificación que no contiene el texto íntegro del acto y que no advierte de los recursos utilizables, resulta totalmente nula, acarreado la ineficacia absoluta de la resolución administrativa sin posibilidad de obtener una ulterior eficacia el acto defectuoso, y por ello no cabe decir que es extemporánea una reclamación posterior, pues el acto inicial no adquiere valor más que en el momento en que el sancionado lo recurre. Vulneración del principio de seguridad jurídica: no concurre cuando la sentencia se ampara en la norma y en la eficacia de los actos para hacer depender de la misma la posibilidad de recurso. Vulneración del principio de tutela efectiva: no concurre cuando la sentencia se ampara en la norma y en la eficacia de los actos para hacer depender de la misma la posibilidad de recurso. Vulneración del principio de tutela efectiva: no concurre cuando, precisamente, se trata de subsanar la situación de indefensión del sancionado mediante el control de legalidad de los actos administrativos.
- Normas aplicadas:** Artículo 106.1 CE. Artículos 95.1 y 100 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos

45, 47, 79, 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Artículos 62 y 102 de la Ley Orgánica 30/92. Artículos 468, 478, 492 y 293 Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 173-179).

SENTENCIA NUM. 3/95

- Sentencia:** De 24 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José F. de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra auto del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Resulta acertada la inadmisión del recurso cuando se interpone frente a un acto sancionador definitivo y firme o confirmatorio de acuerdo consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma.
- Normas aplicadas:** Artículos 468 a) y 478 b) Ley Orgánica Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 180-181).

SENTENCIA NUM. 4/95

- Sentencia:** De 23 de enero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Sentencia en recurso contencioso-disciplinario contra resolución del Ministro de Defensa de separación del servicio. Desestimación.

Materia: La suspensión de funciones acordada en vía no disciplinaria no puede ser objeto de debate en este procedimiento. Inexistencia de irregularidades en la tramitación del Expediente Gubernativo. Análisis de la prueba: no se puede pretender en una prueba testifical que el testigo pronuncie juicios de valor o apreciaciones técnicas. La determinación de la aptitud o no para el servicio de los componentes del Cuerpo de la Guardia Civil, incumbe a los Tribunales Médicos Militares y a sus decisiones deben someterse aquéllos como militares que son. Existencia de prueba de cargo suficiente. La sanción aplicada está ajustada a la gravedad de los hechos probados por lo que no resulta ni desproporcionada ni injusta.

Normas aplicadas: Artículo 102 de la Ley 17/1989, Artículos 4, 6 y 59 de la Ley O. 12/1985. Artículos 9.8 y 5 de la L.O. 11/1991. Artículos 15.1 de la Ley O. 2/1986.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 182-187).

SENTENCIA NUM. 5/95

Sentencia: De 30 de enero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia dictada por un Tribunal Territorial Militar. Estimación parcial del recurso.

Materia: No se puede revisar en casación el reconocimiento efectuado en la instancia del derecho a la presunción de inocencia. No habiéndose efectuado alusión alguna en el procedimiento sobre daños y perjuicios, ni solicitado prueba sobre su existencia, ni tampoco razonándose nada al respecto sobre su concesión en la sentencia recurrida, no hay lugar a reconocer el recurrente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

Normas aplicadas: Artículo 24.2 C.E.
Artículo 495 Ley O. Procesal Militar.
Artículo 142.4 de la Ley O. 30/1992.
Artículo 293.3 de la Ley O. del Poder Judicial.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 188-190).

SENTENCIA NUM. 6/95

Sentencia: De 30 de enero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de los Militar.

Ponente: D. Luis Tejada González.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.

Materia: No es admisible en sede de casación entrar en el estudio de los hechos probados declarados en la sentencia de instancia. Sólo pueden ser denunciados los abusos de las facultades jurisdiccionales por trasgresiones de normas que delimiten la competencia y las facultades de los Tribunales. No puede prosperar la denuncia de violaciones de derechos fundamentales si el recurrente se limita a citar determinados preceptos de la Constitución sin expo-

ner razonamiento alguno. Si el hecho es constitutivo de infracción disciplinaria y la sanción prevista en la Ley conlleva la privación de libertad, ésta es plenamente legal. Principio de legalidad: no ha sido vulnerado al estar los hechos sancionados tipificados en el precepto legal.

Normas aplicadas: Artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículos 17.1, 24.1, 25 y 117.3 y 4 CE. Artículos 9.30 y 8.33 Ley O. 12/1985. Artículos 12, 13, 38, 40 y 69 de las Reales Ordenanzas.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 191-194).

SENTENCIA NUM. 7/95

- Sentencia:** De 3 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Voto Particular:** D. Baltasar Rodríguez Santos.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** La sanción disciplinaria que se impone como consecuencia de una condena penal tiene su causa en la sentencia firme que pronuncia la condena y no en los hechos que la determinaron. Los hechos que dieron lugar a la condena penal, en sí mismo, hubieran podido ser subsumibles en «acciones contrarias a la dignidad militar...», también constitutivos de falta grave. La pena de quince días de arresto por falta penal dolosa de lesiones integra el requisito le-

gal. Los hechos por los que el recurrente fue condenado afectan en grado superlativo al decoro de la Institución, esto es, a su crédito e imagen sociales. Prescripción: no concurre. La actuación administrativa debe desarrollarse con arreglo a la norma de celeridad. La prescripción ganada se pierde desde el momento de la iniciación del Expediente Disciplinario, comenzando entonces una prescripción «ex novo».

Normas aplicadas: Artículo 9.3. y 104.1 C.E.
Artículo 27 del Código Penal.
Artículo 3, 4, 68 y 43 de la Ley O. 11/1991.
Artículo 38.1 de la Ley O. 30/1992.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 195-201).

SENTENCIA NUM. 8/95

Sentencia: De 8 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José F. de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario contra resolución del Ministro de Defensa que impone la sanción extraordinaria de separación del servicio. Desestimación del recurso.

Materia: Habiendo transcurrido el plazo legal de dos meses desde la notificación de la resolución ministerial, procede al inadmisibilidad del recurso.

Normas aplicadas: Artículos 475 y 493 f) de la Ley O. Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 202).

SENTENCIA NUM. 9/95

- Sentencia:** De 16 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Falta de “negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales”: al no haberse acreditado la existencia de una obligación específica y concreta que haya podido violar el sancionado, no puede imputársele cumplimiento negligente de la misma. Presunción de inocencia: el otorgamiento del amparo constitucional efectuado por el Tribunal de instancia, reconociendo el derecho a la presunción de inocencia del expedientado por falta de prueba de cargo suficiente para enervarla, no es revisable en vía casacional. No pueden ser tipificados los hechos en otro tipo de injusto disciplinario, al no haber quedado probados aquellos.
- Normas aplicadas:** Artículo 7.2 de la Ley O. 11/1991. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 203-206).

SENTENCIA NUM. 10/95

- Sentencia:** De 27 de febrero de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

Materia: Examen de la intervención del Ministerio Fiscal al modificar su postura procesal en sede de casación, pues el parecer del órgano inferior no puede vincular al Superior (Fiscalía Togada). No incumbe a los Tribunales velar por el cumplimiento del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal. Principio de legalidad: aún adoleciendo la resolución impugnada de la falta de una declaración expresa de hechos probados, la Sala colige que la sentencia de instancia da por probados en sus fundamentos jurídicos los hechos imputados.

Normas aplicadas: Artículo 1708.5.º LEC.
Artículos 2, 24 y 25 C.E.
Artículo 8.33 de la Ley O. 12/1985.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 207-210).

SENTENCIA NUM. 11/95

Sentencia: De 28 de febrero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José L. Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

Materia: No se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia si existe prueba de cargo suficien-

te, obtenida con las debidas garantías. La Ley impide el planteamiento de cuestiones nuevas no abordadas en demanda y contestación, que no pueden ser debatidas en la sentencia de instancia. Los actos ajenos a los hechos objeto de la sanción no son imputables al procedimiento sancionador ni a la sentencia recurrida.

Normas aplicadas: Artículo 24.2 CE. Artículo 8.33 Ley O. 12/1985. Artículo 490 Ley O. Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 211-213).

AUTO NUM. 9/95

Auto: De 10 de enero de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Auto por el que se rechaza la inhibición deferida por la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, formalizándose conflicto negativo de competencia.

Materia: La Jurisdicción Militar no es competente para ejercer el control de una actuación administrativa no inscrita en el campo de lo disciplinario militar.

Normas aplicadas: Artículos 102 y 112 de la Ley 17/1989. Artículo 117.3 CE. Artículo 117.3 de la Ley O. 4/1987. Artículo 448 de la Ley O. Procesal Militar. Artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, págs. 214-215).

SENTENCIA NUM. 12/95

- Sentencia:** De 7 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José F. de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Al invocar el recurrente que su conducta no infringe el precepto disciplinario que se le aplicó, en realidad está discrepando de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal "a quo" tratando de modificar el relato histórico de éste, lo que no es admisible en casación. La denegación por el instructor de algunas pruebas propuestas por el encartado no supone que se haya prescindido de las formas esenciales del procedimiento. La presunción de inocencia se enerva con la práctica de la prueba suficiente de cargo. Los hechos probados constatan que hubo manifestaciones basadas en aseveraciones falsas por lo que no se ha infringido el principio de legalidad. No se infringe el principio de igualdad cuando se ponen en comparación supuestos claramente diferentes. Tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad por la sanción impuesta.
- Normas aplicadas:** Artículos 24 y 25 de la Constitución. Artículos 8.17, 31, 34 y 44 de la Ley Orgánica 11/1991.

(*BJM*. núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 198-201).

SENTENCIA NUM. 13/95

- Sentencia:** De 9 de marzo de 1995.

- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra auto de inadmisión de un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario dictado por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** El único que en un órgano judicial militar puede ejercer la fe pública judicial es el Secretario Relator. Y si éste hace constar que el escrito de interposición del recurso se recibió en el Tribunal en determinada fecha, de nada valen las fotocopias aportadas por el recurrente del envío realizado a través de una empresa de transporte mensajería que, además, resultan notablemente confusas.
- Normas aplicadas:** Art. 518. c) de la Ley Procesal Militar. Art. 72 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

(*BJM*, núm. 14. abril-junio, 1995, pág. 202-204).

SENTENCIA NUM. 14/95

- Sentencia:** De 10 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la Sentencia del Tribunal «a quo» no aplicó indebida-

mente el principio de legalidad al entender que la conducta del Suboficial sancionado no es constitutiva de infracción disciplinaria, pues ni se vertieron en el escrito dirigido a la Superioridad términos irrespetuosos, ni se vulneró el conducto reglamentario.

Normas aplicadas: Artículo 25.2 de la Constitución. Artículo 8.12 de la Ley Disciplinaria Militar. Artículos 35, 38 y 69 RR.OO.

(*BJM*. núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 205-206).

SENTENCIA NUM 15/95

- Sentencia:** De 15 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Extimación del recurso.
- Materia:** Revisar la calificación jurídica que se hizo en el acto recurrido es uno de los pronunciamientos que puede producir en su resolución la Autoridad ante la que se recurre. La eventual revisión, en la resolución de alzada, del tipo aplicado por el Mando sancionador inferior, no necesita estar precedida de nueva audiencia al infractor si los hechos imputados no son también revisados por la Autoridad que resuelve el recurso. Al aplicar al recurrente en alzada otro tipo disciplinario distinto de aquel que sancionó el Mando inferior, sin informar previamente al infractor de los nuevos hechos por los que se le atribuía la nueva falta, se produjo una auténtica indefensión.

Normas aplicadas: Artículo 24.2 de la Constitución. Artículo 53 de la Ley Disciplinaria Militar. Artículos 7.8, 7.25 y 38.1 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 207-209).

SENTENCIA NUM. 16/95

Sentencia: De 21 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José L. Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación parcial del recurso.

Materia: No se produce quebrantamiento de forma que ocasiona indefensión en el recurrente si éste recibe del Tribunal el procedimiento sancionador incompleto y no se utiliza el trámite para subsanar la deficiencia. Si se produce, en cambio la indefensión denunciada por la negativa del Tribunal al recibimiento a prueba cuando se daban todos los requisitos legales para admitir a prueba el procedimiento.

Normas aplicadas: Art. 483, 485 y 486 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 210-212).

SENTENCIA NUM. 17/95

Sentencia: De 25 de marzo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** No se produce vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial cuando la desestimación de la demanda es objeto de una respuesta jurídicamente fundada. No se infringieron en la vía disciplinaria las normas procedimentales. Indefensión: no se produce cuando en la revisión de la calificación jurídica realizada por los mandos que resuelven las sucesivas alzadas, no se da nueva audiencia al encartado siempre que al considerar los hechos no se establezca un nuevo relato fáctico.
- Normas aplicadas:** Artículo 493. f) de la Ley Procesal Militar. Artículos 38.1 y 3 de la Ley Orgánica 11/1991. Artículo 53 de la Ley Disciplinaria Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 213-215).

SENTENCIA NUM. 18/95

- Sentencia:** De 31 de marzo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar contra resolución del Ministro de Defensa en Expediente Gubernativo. Desestimación del recurso.
- Materia:** Presunción de inocencia: queda enervada con la existencia de una suficiente actividad probatoria de cargo. Interdicción de la arbitrariedad por falta de

motivación suficiente de la resolución sancionadora: no existe al estar el acto administrativo suficientemente motivado. Inimputabilidad del encartado: no concurre. Examen de la conducta del recurrente: las notas desfavorables e informes de conducta son manifestación de una conducta continuada que debe calificarse de mala y habitual y que resulta incompatible con la vida militar. Desviación de poder: se recuerda por la Sala que para poder ser alegado debe acreditarse el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral que está sujeto a seguir.

Normas aplicadas: Art. 61, 59 de la Ley Disciplinaria Militar. Art. 494 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 216-220).

SENTENCIA NUM. 19/95

- Sentencia:** De 3 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco J. de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar contra resolución del Ministro de Defensa en Expediente Gubernativo. Desestimación del recurso.
- Materia:** No existe extemporaneidad si el documento dirigido a un órgano administrativo es entregado en oficina de correos, aunque llega a su destinado pasado el plazo legal. Prescripción: cuando la ley alude a que los plazos de prescripción «volverán a correr», supone un cómputo total nuevo. Existencia de prueba de cargo de suficiente entidad, que desvirtúa la presunción de inocencia. Para que se de el ti-

po de injusto del art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, es necesario que el consumo de drogas tenga lugar durante el servicio o en otro caso, con habitualidad. Los Guardias Civiles en situación de Reserva Activa están sometidos a la Ley Disciplinaria del Cuerpo.

Normas aplicadas: Art. 66.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Art. 2.1, 53, 68.3, 9.7 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 221-224).

SENTENCIA NUM. 19/95 (bis)

Sentencia: De 4 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José L. Bermúdez de la Fuente.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

Materia: No resulta ortodoxo denunciar en casación indebida aplicación del amparo constitucional otorgado por el Tribunal de instancia al entender éste que, por falta de prueba de cargo suficiente, debía anular una resolución sancionadora por prevalecer la presunción de inocencia del sancionado. Valoración del «parte» militar como elemento probatorio. Infracción de doctrina jurisprudencial: no se produce: la mera emisión del parte, sin comprobación y corroboración de su contenido no reviste al referido parte de la eficacia de prueba bastante para cubrir el vacío probatorio suficiente.

Normas aplicadas: Art. 38 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, Art. 47 RR.OO.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 225-228).

SENTENCIA NUM. 20/95

Sentencia: De 5 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. Francisco J. de Querol Lombardero.

Procedimiento: Recurso contencioso-disciplinario militar contra resolución del Ministro de Defensa en Expediente Gubernativo. Estimación del recurso.

Materia: La interrupción del plazo de la prescripción desde la iniciación del procedimiento solamente se mantiene durante el plazo de seis meses, máximo de su instrucción por determinación legal. Al no haberse concluido el expediente gubernativo dentro de los seis meses siguientes a su inicio, que finalizaban en 12 de agosto de 1985, el plazo de prescripción de dos años culminaba el 29 de junio de 1987, por lo que, habiéndose dictado la resolución sancionadora el 23 de noviembre de 1987, es obvio que la falta se hallaba prescrita.

Normas aplicadas: Art. 65 de la Ley Disciplinaria Militar. Art. 68 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, pág. 229-231).

SENTENCIA NUM. 21/95

Sentencia: De 8 de mayo de 1995.

- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Estimación parcial del recurso respecto al derecho a la indemnización acordada por el Tribunal «a quo».
- Materia:** La presunción de inocencia produce sus efectos en la formación del juicio de hecho, no en el posterior de la subsunción del hecho en el tipo disciplinario. Principio de legalidad: no se infringe por cuanto el Tribunal “a quo”, acertadamente, ha calificado los hechos como constitutivos de la infracción por la que fue sancionado el encartado. Falta grave de insubordinación. Es legítima y fundada la crítica que hace el Tribunal de Instancia de la resolución administrativa anulada. Incongruencia excesiva: el pronunciamiento sobre el derecho a la indemnización del encartado se ha emitido sin la necesaria audiencia de las otras partes, lo que ha producido la indefensión de éstas.
- Normas aplicadas:** Arts. 24.2 y 25.2 de la Constitución. Art. 9.16 de la Ley Disciplinaria Militar. Art. 44 de la Ley 30/1992. Art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 232-236).

SENTENCIA NUM 22/95

- Sentencia:** De 10 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación.

- Materia:** Prescripción: el plazo de prescripción comienza a contarse desde la comisión de la falta, pero este plazo queda interrumpido por la iniciación del procedimiento disciplinario, «volviendo a correr» de no haberse concluido en el plazo de tres meses.
El factor determinante para fijar cual sea el momento en que se ha sancionado la falta no es el día de la notificación de la resolución sancionadora, sino el día en que ésta se adopta por la Autoridad competente.
- Normas aplicadas:** Arts. 32.1, 51 y 68 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil. Art. 42 de la Ley del Régimen Disciplinario Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 237-238).

SENTENCIA NUM. 23/95

- Sentencia:** De 16 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Estimación del recurso.
- Material:** Los actos recurribles en vía jurisdiccional deben ser definitivos, es decir, que pongan fin a la vía administrativa y causen estado en la misma. El acto impugnado en el presente caso (denegación de la solicitud de notificación de una resolución sancionadora anterior) es un acto de trámite no recurrible. Esta declaración de irrecorribilidad no produce indefensión al interesado, ya que si estima que la resolución sancionadora no le ha sido notificada en debi-

da forma, puede deducir que aún no ha caducado su acción para impugnar la sanción.

Normas aplicadas: Art. 17 de la Ley Orgánica 4/1987. Art. 465 de la Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 239-241).

SENTENCIA NUM. 24/95

Sentencia: De 18 de mayo de 1995.

Tribunal: Supremo. Sala de lo Militar.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

Procedimiento: Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.

Materia: El arresto preventivo debe computar el impuesto en virtud del art. 18.2 de la Ley Disciplinaria Militar. Examen de la cuestión. El arresto preventivo del expedientado no forma parte, «stricto sensu», del procedimiento sancionador, de tal manera que el vicio de nulidad de que pueda adolecer ese acuerdo, no tiene que acarrear forzosamente y por sí solo, la nulidad del procedimiento sancionador. El motivo de casación basado en el supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, es inadmisibles y, en su caso, razón de desestimación.

Normas aplicadas: Arts. 18.2, 35.1, 8.16 de la Ley Orgánica 11/1991. Arts. 95.1 y 100.2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(*BJM*, num. 14, abril-junio, 1995, pág. 242-245).

SENTENCIA NUM. 25/95

- Sentencia:** De 29 de mayo de 1995.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Los Instructores de procedimientos sancionadores, no desempeñan funciones jurisdiccionales, ni se pueden hallar en las mismas condiciones de independencia orgánica y estructural en que se hallan los miembros de órganos judiciales. No concurren las causas de recusación alegadas. El acuerdo de arresto preventivo contenía una suficiente, aunque sucinta, motivación. La práctica de pruebas anteriores al Pliego de Cargos sin la presencia del encartado a su defensor no infringe el derecho fundamental a facilitar al expedientado copia de las actuaciones antes de contestar al Pliego de Cargos es ajustada a la Ley Disciplinaria. El derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser infringido por ninguna resolución o actuación administrativa, pues solo es predicable en vía jurisdiccional: irrecurribilidad de los actos de trámite. La denegación de pruebas acordada motivadamente por el Instructor no produce indefensión. El hecho de que al expedientado no se le facilitara copia del expediente y de que no se le pusiera de manifiesto el original sino una fotocopia del mismo no infringe ningún derecho fundamental. La abstención y la recusación no se aplica a los Mandos con potestad sancionadora ni a sus Asesores Jurídicos. El error de hecho en la apreciación de la prueba no tiene cauce procesal en este procedimiento. No existe trato degradante ni en la manera en

que se notificó al encartado la medida cautelar de suspensión de funciones ni en las condiciones en que se le dio vista del expediente. La práctica de las pruebas interesadas por el demandante y realizada por un miembro del Tribunal sentenciador no inhabilita a éste para formar parte del mismo. La denunciada adición fáctica de la sentencia no infringe ningún derecho fundamental del encartado. Cómputo del tiempo de arresto: no existe norma legal que disponga que el cómputo sea de hora a hora, pero de la Ley Procesal Militar se infiere que no deben computarse los días como períodos completos de 24 horas.

Normas aplicadas: Constitución Española: Arts. 9, 23, 24, 25, 101, Ley Procesal Militar: Arts. 53, 453, 518, 349. Ley Disciplinaria Militar: Arts. 39, 45, 41, 49 a 54. Ley de Procedimiento Administrativo: Art. 113, 48.2. Ley de Enjuiciamiento Criminal: Art. 147. Ley de Enjuiciamiento Civil: Art. 336.

(*BJM*, núm. 14, abril-junio, 1995, págs. 246-260).

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Comandante Auditor.
Doctor en Derecho.

INDICE TEMATICO

I.—ASCENSOS.— A General de Brigada del Ejército del Aire.— El sistema de elección previsto legalmente no colisiona con precepto constitucional alguno y es el tradicional en nuestro ordenamiento militar para los ascensos a Oficial General.— La obligación de motivar no incluye la necesidad de que la Administración exteriorice las razones que llevaron a la designación del elegido para ser ascendido. La concurrencia de desviación de poder o de arbitrariedad administrativa requiere una vigorosa prueba para la que no basta la alegación de los diferentes méritos ni el orden de clasificación de los elegibles.

II.—CLASES PASIVAS MILITARES.— Personal retirado procedente del Benemérito Cuerpo de Mutilados.— El beneficio que otorgaba la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80, de 26 de junio, sobre pensiones de excombatientes de la zona republicana y mutilados de guerra se constriñe a los mutilados sometidos a la Ley 5/76, de 11 de marzo, reguladora del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, por lo que, declarado a extinguir este último Cuerpo por la Disposición Final Sexta de la Ley 17/89 y habiendo pasado sus miembros a “retirados” con efectos económicos desde el 1 de enero de 1992, no cabe ya la incidencia de los beneficios previstos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80 en las retribuciones actuales.

III.—JUNTAS SUPERIORES DE LOS CUERPOS COMUNES DE LAS FUERZAS ARMADAS.— Compatibilidad de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, de la Junta de Evaluación Permanente y de las Juntas eventuales de evaluación de dicho

Cuerpo, creadas por R.D. 832/1991, de 17 de mayo, con los principios de independencia e inamovilidad de la función judicial encomendada a los órganos de la Jurisdicción Militar.

IV.—VIVIENDAS MILITARES.— Obligación de abandonar la vivienda, con independencia de su calificación o no como vivienda militar de apoyo logístico, para los militares en situación de reserva transitoria que, a la entrada en vigor del R.D. 1751/90, les faltasen más de cinco años para el pase a la situación de reserva prevista por la Ley 17/1989.— Inexistencia de indefensión en el Expediente de desahucio e improcedencia de la retroacción a un momento procesal anterior por constituir esto último un fraude procesal contrario a las determinaciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V.—VIVIENDAS MILITARES.— (Pabellones).— Inexistencia de indefensión por falta de audiencia en el procedimiento de desahucio de la esposa e hijos del interesado. Aplicación de las normas específicas que regulan los Pabellones de Cuerpo pese a la desafectación administrativa de los terrenos por ellos ocupados.— Inexistencia del derecho a permanecer en Pabellones aun cuando los inmuebles desafectados se considerasen como bienes patrimoniales de la Administración siempre que hubiese desaparecido también el título legitimador para la ocupación de los mismos.

I. ASCENSOS

A General de Brigada del Ejército del Aire.— El sistema de elección previsto legalmente no colisiona con precepto constitucional alguno y es el tradicional en nuestro ordenamiento militar para los ascensos a Oficial General.— La obligación de motivar no incluye la necesidad de que la Administración exteriorice las razones que llevaron a la designación del elegido para ser ascendido. La concurrencia de desviación de poder o de arbitrariedad administrativa requiere una vigorosa prueba para la que no basta la alegación de los diferentes méritos ni el orden de clasificación de los elegibles.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 7ª).

Sentencia de 25 de marzo de 1995.

Ponente: Excmo. Sr. Trillo Torres.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Se ha impugnado en este proceso el Real Decreto 699, de primero de junio, por el que se ascendió al empleo de General de Brigada del Arma de Aviación al Coronel Don XXX suplicándose en la demanda que se reconozca al recurrente el derecho a ascender a General de Brigada con mayor antigüedad que aquél, de modo que, entendida literalmente la pretensión que se ejercita, más que a obtener la declaración de nulidad de la resolución administrativa que constituye el punto de referencia del recurso, se articula sobre la petición de que —sin tocar a aquélla—, se reconozca la situación jurídica individualizada del demandante, en el sentido de ser ascendido con mayor antigüedad, por ser preferente su derecho a ascender.

No obstante, si examinamos el texto de la demanda y posteriores actuaciones, parece claro que el sentido del recurso es acreditar la ilegalidad del ascenso acordado, por concurrir en el actor mejores condiciones de mérito, capacidad e idoneidad que en el elegido mediante el Real Decreto sometido a enjuiciamiento. Este planteamiento nos obliga a hacer una pri-

mera matización, en línea con lo que ha manifestado este Tribunal Supremo en sentencia de 5 de febrero de 1992, que aunque referida al ascenso al empleo de *General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa*, nos sirve como orientación jurisprudencial, por ser sustancialmente igual al régimen jurídico previsto para los ascensos en este Cuerpo en la *Ley 6/88*, de 5 de abril, y el posteriormente regulado en la *Ley del Régimen de Personal Militar de las Fuerzas Armadas*, de 19 de julio de 1989, como se declara expresamente en la sentencia citada, al indicar que el sistema de elección previsto legalmente para ascender a los empleos de *Oficiales Generales* no colisiona con precepto constitucional alguno y es el tradicional en nuestro ordenamiento militar para dichos ascensos.

Pues bien, siguiendo lo afirmado en la citada sentencia, fijaremos, de conformidad con su doctrina, que aun en la hipótesis de que anulásemos el Real Decreto impugnado, no por eso podríamos declarar el ascenso del recurrente, ya que el mismo tiene lugar por elección, en la que están interesados todos los *Coroneles* clasificados para el ascenso, por lo que habría que devolver al Consejo de Ministros la facultad de discernir entre estos cuál sería elegido para promoverlo al generalato.

Esto dicho, sin embargo nada obsta a que, estando evidentemente legitimado el Sr. YY para formular la pretensión anulatoria, su argumentación para obtener este fin se centre en los mejores méritos y circunstancias que estima que concurren en su curriculum y aptitud profesional, para acreditar el ilegal uso de la potestad de elección que entiende que ha realizado la Administración.

SEGUNDO.— Fijados los límites del debate en orden al ámbito de nuestras posibilidades revisoras, nos detendremos en el examen de las notas fundamentales del régimen jurídico del ascenso a *General de Brigada*, siguiendo los criterios establecidos en la mencionada sentencia de 5 de febrero de 1992, destacando, por tanto, la concurrencia en el mismo de elementos reglados junto a otros de carácter discrecional. En efecto, la promoción a *General de Brigada* tiene lugar previa clasificación por el Consejo Superior del Ejército correspondiente de los *Coroneles* que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 84 de la *Ley 17/89*, es decir, tener cumplido el tiempo de servicios efectivos en el empleo y el tiempo de mando propias de cada Escala o empleo, determinadas reglamentariamente y, además, haber sido seleccionado para realizar el curso de capacitación y haberlo superado efectivamente.

Ahora bien, cumplidos estos requisitos de carácter reglado, el ascenso al empleo de *General de Brigada* se confiere por Real Decreto acordado

en Consejo de Ministros (artículo 86-1) efectuándose la elección con carácter discrecional entre los Coroneles clasificados para el ascenso, sistema que comporta la atribución al Gobierno de una competencia exclusiva para discernir quién entre aquéllos, es el idóneo para ser promocionado, juicio que por no entrañar una cuestión de legalidad, sino de discrecionalidad técnica, de valoración última de las condiciones de idoneidad y prelación para el ascenso de que concretamente se trata, en principio escapa al control jurisdiccional, a salvo la existencia de desviación de poder o arbitrariedad en el ejercicio de la potestad.

TERCERO.— Entrando en el examen de los fundamentos concretos del recurso, denuncia, en primer lugar, el actor, la infracción del artículo 43 de la ley de Procedimiento Administrativo, por entender que el Acuerdo del Consejo de Ministros, desestimatorio del recurso de reposición, no cumple el requisito de ser motivado que le imponía el apartado 1 a) de dicho artículo, por limitarse a argumentación genéricas no ceñidas a las concretas alegaciones del interesado, sobre todo al esencial punto de las que la parte afirma ser vinculantes condiciones de idoneidad para cubrir la vacante producida al Generalato, respecto a las cuales no se hace en el acto resolutorio de la reposición consideración alguna.

Siendo cierto que, efectivamente, dicho acto no se detiene en el examen de las circunstancias profesionales y méritos del recurrente y en su comparación con los del Coronel promovido a General, sin embargo esto no quiere decir que el acto carezca de motivación y que por eso incumpla el artículo 43-1-b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque precisamente su fundamentación expresa se centra en afirmar la discrecionalidad técnica que cubre la decisión, lo que entiende que le exonera de exteriorizar las razones que llevaron a la Administración a la designación del elegido y a promoverlo mediante el Real Decreto impugnado.

Este razonamiento puede calificarse o no de acertado, pero en todo caso, desde el punto de vista formal, cumple la exigencia de motivación impuesta por la Ley.

CUARTO.— Respecto al fondo de la cuestión planteada, el problema aquí debatido ofrece análogos aspectos dialécticos a los que se han utilizado en otros procesos, en los que también se había puesto en entredicho la legalidad de la elección de Oficiales Generales, pues reconocida, en principio, la discrecionalidad del Gobierno para elegir entre los clasificados, sin embargo trata de introducirse el control jurisdiccional sobre el nombramiento, acudiendo a los conceptos jurídicos de desviación de poder e interdicción de la arbitrariedad e incluso al principio constitucional de acce-

so en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, tomando como base fáctica de la argumentación jurídica una afirmada manifiesta evidencia sobre la desigualdad entre los propios y objetivos méritos y los que lucen en el expediente del promocionado, lo que acreditaría la existencia de alguna de las infracciones legales o constitucionales invocadas.

Poniéndonos en la hipótesis de que el conjunto de méritos, antigüedad, mando, condecoraciones, cursos de perfeccionamiento... fuesen mayores en el demandante que en el Coronel ascendido, sin embargo no por eso la discrecionalidad propia del sistema de elección nos permitiría emitir un juicio que la Ley reserva, dentro de ciertos márgenes, al Consejo de Ministros. En efecto, de los tres sistemas de ascenso regulados en la Ley 17/89, lo que diferencia al porcentaje del sistema de selección que se produce por orden de clasificación con respecto al sistema de elección, es que precisamente en éste el orden de clasificación solamente tiene un valor informativo, en absoluto vinculante para el órgano decisor, al que el legislador ha confiado plenamente la apreciación de los méritos y aptitudes para promover a cualquiera de los clasificados, a los que ha sometido previamente a un régimen especialmente restringido de asistencia a los correspondientes cursos de capacitación (artículo 84.2), que en definitiva se traduce en que la Ley considera que cualquiera que los supere y que reúna, además, el resto de las condiciones para el ascenso, puede ser designado.

La especialidad del sistema de elección se expresa no solamente en el procedimiento previo, caracterizado por la mencionada limitación y selección de los posibles asistentes a los cursos, sino también en el régimen peculiar de dación a ascenso de las vacantes dotadas por elección (artículo 85.2), así como los órganos competentes para la concesión de los ascensos (artículos 86-1 y 2), lo que implica un sentido del conjunto normativo regulador del sistema dirigido a hacer más rigurosa la selección previa, pero al mismo tiempo prácticamente libre la elección entre los seleccionados, si bien encomendándola a los dos más altos órganos superiores de la función militar —Gobierno o Ministro de Defensa— según se trate de los Oficiales Generales o de los empleos que cierran las Escalas medias y las básicas, acreditando así la finalidad de confiar el acceso a estos empleos a la discreción de quien es competente para dirigir la Administración militar y la defensa del Estado (artículo 97 de la Constitución) o a quien dirige, coordina y controla la política de personal en el ámbito de la Administración militar (art. 6 de la Ley 17/89), de modo que viene a identificar la legalidad del fin público perseguido con el hecho de que

quienes dirigen políticamente la función militar manifiesten su criterio sobre lo que a ésta conviene, eligiendo libremente entre los previamente clasificados.

La conclusión a la que tenemos que llegar entonces, con relación a los vicios legales y constitucionales de que se acusa al Real Decreto impugnado, es que la simple constatación de que por su descripción documental aparezca con merecimientos para una mejor clasificación un coronel sobre otros, no determina que el Gobierno incurra en desviación de poder porque no designe precisamente aquél, al haberse integrado en el fin de su potestad administrativa 'la libertad de elección, por lo que tendría que, mediar una vigorosa prueba de haber atendido a una finalidad absolutamente ajena al lícito ejercicio de su discrecionalidad para que pueda apreciarse que la potestad administrativa la ha ejercido para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (artículo 83-3 de la Ley de la Jurisdicción), sin que constituyan esa prueba ni los diferentes méritos ni el orden de clasificación de los elegibles.

Naturalmente, más difícil todavía será afirmar probada la arbitrariedad con respecto a una elección que ha recaído sobre un selecto y restringido colectivo, que ha superado las condiciones y requisitos que permiten considerar a todos ellos legalmente idóneos para el ascenso a General de Brigada.

Sobre estos dos extremos cabe, no obstante, hacer una aclaración específica, teniendo en cuenta la alegación del recurrente sobre su especial aptitud, conocimientos e idoneidad para cubrir el cargo que le fue asignado al Coronel ascendido, Director de Abastecimientos del MALOG. Acogiéndonos, también en esta cuestión, a la hipótesis más favorable al demandante, cual es la de aceptar —a puros efectos dialécticos— la certeza de su aserto, de todas formas a su conclusión tenemos que objetar que lo prevalente es la valoración para el ascenso a oficial General, no el variable destino que en su calidad de tal pueda desempeñar, como pone de manifiesto el propio artículo 88 invocado por el interesado, en que las evaluaciones para el ascenso y las de asignación de mando y otros destinos de especial responsabilidad o cualificación aparecen perfectamente diferenciadas.

Por último, en cuanto a los artículos 14 y 23 de la Constitución, no puede hablarse de discriminación anticonstitucional frente a un sistema legal que a partir de la premisa de fijar unos criterios generales por los que se selecciona previamente a los que se considera con aptitud para ascender a un empleo militar, la concreción del designado se somete a un

procedimiento en el que la libre designación final se encomienda a órganos especialmente cualificados por la Ley en cuanto a la determinación de los medios personales precisos para el cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas.

II. CLASES PASIVAS MILITARES

Personal retirado procedente del Benemérito Cuerpo de Mutilados.— El beneficio que otorgaba la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80, de 26 de junio, sobre pensiones de excombatientes de la zona republicana y mutilados de guerra se construye a los mutilados sometidos a la Ley 5/76, de 11 de marzo, reguladora del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, por lo que, declarado a extinguir este último Cuerpo por la Disposición Final Sexta de la Ley 17/89 y habiendo pasado sus miembros a “retirados” con efectos económicos desde el 1 de enero de 1992, no cabe ya la incidencia de los beneficios previstos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80 en las retribuciones actuales.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de los Contencioso-Administrativo. Sección 8ª)

Sentencia de 16 de junio de 1995.

Ponente: Sr. Ruiz Gómez de Bonilla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Versa el presente recurso jurisdiccional acerca del derecho que pueda asistir al recurrente para que se le reconozcan los beneficios que establece la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80, de 26 de junio, con repercusión en su señalamiento de haber pasivo.

Son datos fácticos de interés, acreditados en las actuaciones, los siguientes:

a) El recurrente D. XXX, soldado, ingresó en el Benemérito Cuerpo de Mutilados, a efectos económicos, el día 1 de diciembre de 1983, como Caballero Mutilado Permanente, sometido a la Ley 5/76, de 11 de marzo.

b) Pasó a la situación de retirado por incapacidad permanente en acto de servicio el 31 de diciembre de 1991 y se le fijó pensión de retiro, en cuantía de

37.199 pesetas mensuales, a partir del día 1 de enero de 1992, haber pasivo calculado con arreglo a las cuantías correspondientes al ejercicio de 1991.

c) Frente a la Resolución por la que se le fijó el referido haber pasivo interpuso el actor recurso de alzada el 21-6-92, que no obtuvo respuesta, por entender que no se habían tenido en consideración los beneficios que otorga la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80.

d) Contra la citada Resolución se interpuso, como queda dicho, el presente recurso jurisdiccional el 20 de octubre de 1992, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que se inhibió en favor de igual Sala de este Tribunal Superior de Justicia.

SEGUNDO.— La normativa cuyos preceptos tienen incidencia en el presente recurso viene constituida, fundamentalmente, por: la Ley 5/76, de 11 de marzo, que contiene las normas reguladoras de los Mutilados de Guerra por la Patria; en la Ley 35/80, de 26 de junio, sobre pensiones de excombatientes de la zona republicana, mutilados de guerra; la Ley 17/89, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional; la Ley 31/90, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos del Estado para 1991, y el Real Decreto 210/92, de 6 de marzo, por el que se regulan los derechos pasivos del personal del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, del Cuerpo de Inválidos Militares y de la Sección de Inútiles para el Servicio.

TERCERO. — La Ley 35/80 vino, como dice su Exposición de Motivos, a superar las diferencias que dividieron a los españoles durante la Guerra Civil, cualquiera que fueran el ejército en que lucharon, por lo que tiende a igualar a los mutilados de ambos bandos, extendiendo los beneficios que la Ley 5/76 concedía a los que sufrieron sus lesiones en zona nacional. Al propio tiempo, para no atentar por exceso, ahora, a ese afán de equiparación, su Disposición Adicional Cuarta estableció que “Los excombatientes de la Guerra Civil, los mutilados absolutos y permanentes y los inutilizados en acto de servicio por lesiones originadas en dicha Guerra, sometidos a la Ley 5/1976, que percibieran una retribución inferior a la que les correspondería si se les aplicara la presente Ley, tendrán derecho a una compensación igual a la diferencia mientras ésta subsista”.

Los beneficios de la Ley 35/80 consisten en la fijación de una retribución básica anual (art. 5.º) y una pensión de mutilación para los mutilados de guerra no comprendidos en el ámbito del Real Decreto-Ley 6/1978, de 6 de marzo —modificado por la Ley 10/80— que concedió beneficios pasivos a los militares que tomaron parte en la guerra civil.

A tenor del Art. 14 de la Ley 35/80 los beneficios que en ella se reconocen no se pierden por el hecho de no solicitarlos antes del 31 de di-

ciembre de 1980 —que es la fecha inicialmente límite—, pero, entonces, los efectos económicos sólo tendrán vigencia a partir de la fecha de la presentación de la correspondiente solicitud.

Por su parte, la Ley 17/89, en su Disposición Final Sexta declaró a extinguir, a su entrada en vigor, el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y estableció que al año de dicha entrada en vigor, es decir, el 1 de enero de 1991, todos los miembros del Cuerpo —a excepción de los Oficiales Generales que pasarían a la situación de segunda reserva— pasarían a retirados, remitiéndose a lo que reglamentariamente se estableciera para determinar sus derechos pasivos, de tal forma que su cuantía fuera al menos igual a las retribuciones anuales que vinieran percibiendo en su situación anterior.

El pase a la situación de retirado del personal acogido a la Ley 5/76 —que debía producirse, como se acaba de decir, el 1 de enero de 1991— se prorrogó hasta el 1 de enero de 1992 por la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 31/90, que estableció, además, en su apartado Dos que “Dicho personal percibirá las retribuciones correspondientes a 1991 con la misma estructura retributiva y con sujeción a la normativa vigente en 1990, experimentado un incremento del 6,26 por 100 respecto de las establecidas en dicho ejercicio” y, en el apartado Tres, que “Para la determinación de los derechos pasivos a que hubiera lugar no se tendrán en consideración los incrementos retributivos que, respecto de lo percibido a 31 diciembre de 1990, pudieran producirse por cualquier causa con posterioridad a dicha fecha, tanto a efectos del señalamiento inicial de la pensión como en la medida en que ésta supere el límite que, en su consideración de pensión pública, corresponda conforme a lo previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”.

La remisión reglamentaria que contenía la Disposición Final Sexta de la Ley 17/89 se concretó en el Real Decreto 210/92, que, en su Artículo 6º establece que los derechos pasivos del personal de que se trata tendrán una cuantía al menos igual a las retribuciones que, de conformidad con su situación y empleo, correspondan al mes de diciembre de 1990, expresadas en cómputo anual, quedando afectadas las pensiones —salvo las extraordinarias dimanantes de actos de terrorismo— por el límite máximo de percepción que, en su consideración de pensiones públicas, resulten de aplicación conforme a lo previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Según su Disposición Final Segunda, los efectos económicos de este Real Decreto comienzan a contarse desde 1 de enero de 1992.

CUARTO.— Dice el actor en el recurso de alzada que interpuso, en escrito de 21 de junio de 1992, contra el señalamiento de sus haberes

pasivos —y en ello insiste en su demanda— que gran número de compañeros suyos han solicitado, y se les ha reconocido por la Administración, la aplicación de los beneficios de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/80, lo que obliga a entender que él no ha deducido dicha solicitud hasta la fecha citada del recurso de alzada, fecha en que el recurrente no estaba ya acogido a la Ley 5/76, sino retirado y sometido a la normativa del Título 1 del Texto Refundido de Clases Pasivas de 30 de abril de 1987, en relación con el Real Decreto 210/92, por lo que carece de derecho a la compensación pretendida ya que el beneficio que otorga la repetida Disposición Adicional Cuarta se constriñe a los mutilados sometidos a aquella Ley 5/76, consecuencia de lo cual ha de ser la imposibilidad de que esa eventual compensación pudiera incidir en sus retribuciones del mes de diciembre del año 1990, que son las que, con arreglo a la Ley 31/90 y el Real Decreto 210/92, se han tenido en cuenta para la fijación de su haber pasivo en la Resolución impugnada de 20 de marzo de 1992.

QUINTO.— Por lo que antecede procede desestimar el presente recurso sin que se aprecie temeridad ni mala fe a efectos de hacer expresa, condena en costas a tenor del Art. 131.1 de la L.J.C.A.

III. JUNTA SUPERIORES DE LOS CUERPOS COMUNES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Compatibilidad de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, de la Junta de Evaluación Permanente y de las Juntas eventuales de evaluación de dicho Cuerpo, creadas por R.D. 832/1991, de 17 de mayo, con los principios de independencia e inamovilidad de la función judicial encomendada a los órganos de la Jurisdicción Militar.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 7ª).

Sentencia de 20 de febrero de 1995.

Ponente: Excmo. Sr. Lescure Martín.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Constituye el objeto de este proceso la impugnación del Real Decreto 832/1991, de 17 de mayo, por el que se constituye las

Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y los órganos de evaluación correspondientes, solamente en lo concerniente a la regulación que en el Decreto se realiza del Cuerpo Jurídico Militar. Mantiene el actor que el artículo 66, apartados 2 y 5 de la Ley Orgánica 4/1987 permite, a su juicio, la asimilación del estatuto profesional de los titulares de los diferentes órganos jurisdiccionales castrenses, unipersonales o colegiados, cuyo conjunto integra aquel sector del Poder Judicial que constituye la Jurisdicción Militar, al del resto del personal de las Fuerzas Armadas, cuyos cometidos son de índole estrictamente administrativa; este extremo se desarrolla —continúa exponiendo— en la Ley 17/1989, de 19 de julio, y en el Real Decreto 832/1991, de 17 de mayo, por el que se constituyen las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Amadas y los órganos de evaluación correspondientes.

SEGUNDO.— El demandante, que acredita la legitimación de este proceso en su condición de Teniente Coronel Auditor y titular, en calidad de Juez Togado, de un Juzgado Togado Militar Territorial, invoca la nulidad del Real Decreto 832/1991, en cuanto se refiere al Cuerpo Jurídico Militar, por ser contrario al contenido del artículo 117 de la Constitución; artículo 136 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al conferir a la Administración unas funciones de inspección, evaluación y calificación de los órganos jurisdiccionales militares que no le vienen atribuidas por las normas a cuyo desarrollo responde el Real Decreto impugnado; y del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, que desarrolla en el ámbito de la jurisdicción militar los principios de inamovilidad e independencia; todo lo cual determina, como consecuencia, que vulnere el principio de jerarquía normativa, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, artículo 1.2 del Código Civil y artículo 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, e incurra, además, en desviación de poder en cuanto la norma impugnada, alega el actor, persigue administrativizar la Jurisdicción Militar.

TERCERO.— En conexión con lo expuesto, el actor estima que determinados preceptos, que enumera con carácter no exhaustivo, tales como los artículos 37, 27 y 47 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, ésta en cuanto —en su opinión impregna de dependencia, movilidad y discrecionalidad administrativa la

trayectoria profesional jurisdiccional de los integrantes de los diferentes órganos judiciales castrenses, toda vez que infringe tanto el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/1987 como el artículo 117 de la Constitución Española, incurren en inconstitucionalidad, lo que justifica su solicitud de que, previamente a dictarse sentencia por la que, de conformidad con el suplico de la demanda, se revoque el Real Decreto 832/1991, se susciten los trámites propios de las cuestiones de inconstitucionalidad.

CUARTO.— La, temática planteada en este recurso ofrece esenciales caracteres de identidad con lo suscitado y resuelto en los procesos que dieron lugar a las sentencias de esta misma Sala de 2 de abril de 1993, en recurso número 1.665/1991, y 30 de septiembre de 1993, por lo que a ellas hemos de remitirnos, reiterando los argumentos pormenorizadamente desarrollados en las mismas para desestimar la doble postulación de este recurso, en orden a promover la cuestión de inconstitucionalidad o a declarar la nulidad del Real Decreto 832/1991, de 17 de mayo, respondiendo así al principio de unidad de doctrina.

Se impone iniciar el enjuiciamiento dilucidando si se dan los requisitos previstos en los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la procedencia de que se promuevan los trámites propios de las cuestiones de inconstitucionalidad, esto es, se determine si las normas tachadas de inconstitucionales son decisivas a efectos del fallo que ha de dictarse y si efectivamente ofrecen dudas razonables acerca de su conformidad con la Constitución.

Al igual que en sus precedentes podemos afirmar que el primer requisito puede entenderse cumplido, en cuanto que la invalidez de las leyes cuestionadas concernientes a la calidad de militares profesionales de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, o al sistema de ascensos, provisión de destinos judiciales, potestades disciplinarias e inspectoras atribuidas sobre dichos profesionales a órganos de la Administración, dejaría sin base jurídica el Reglamento impugnado en este proceso y, consiguientemente, la sentencia que se dictara por este Tribunal vendría determinada por la decisión del Tribunal Constitucional. Pero no ocurre lo mismo con el segundo de los requisitos enunciados, pues no surgen dudas acerca de la constitucionalidad de las leyes citadas, con arreglo a los argumentos que seguidamente se exponen.

QUINTO.— En el presente recurso se postula la inconstitucionalidad de los artículos 37, 27 y 47 de la Ley Orgánica 4/1987, así como de la de la Ley 17/1989, preceptos relativos a las competencias atribuidas al Ministerio de Defensa con relación al nombramiento de los Magistrados

de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo procedentes de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos, así como del Presidente y Vocales Togados del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales, y “las competencias atribuidas a las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. La argumentación actora no es bastante para fundar un juicio de inconstitucionalidad sobre esos preceptos, y ello porque el alcance y significado de los mismos, en el marco legal del régimen específico de las Fuerzas Armadas, hay que valorarlo desde la perspectiva de la institución disciplinaria, jerarquizada y unida que definen las Ordenanzas, de la que constituyen su base orgánica los militares de carrera que forman los cuadros permanentes de los Ejércitos (artículos 10, 207 y 206 de Reales Ordenanzas.).

Dentro del Título VI, dedicado al Poder Judicial, declara el artículo 117.5 de la Constitución que la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. En el sistema elegido para dar cumplimiento a tal previsión se ha concedido la posibilidad de desempeñar destinos judiciales en los Tribunales Militares a los componentes de un Cuerpo Común de las Fuerzas Armadas, como es el Jurídico Militar, cuyos miembros tienen la condición de militares profesionales, y desde esa perspectiva es razonable que no imponga la Norma Fundamental ningún criterio formal expreso de mimetismo o similitud en relación con los aspectos orgánicos y funcionales que caracterizan a los “Jueces y Magistrados” mencionados en dicho Título, aparte la exigencia de necesaria concordancia con “los principios de la Constitución” de la ley de desarrollo. De acuerdo con estos presupuestos hay que convenir en que la Jurisdicción Militar puede organizarse teniendo en cuenta las peculiaridades de la institución en cuyo seno se ejerce, lo que origina diferencias tanto sustantivas como procesales. Una de esas características diferenciales es su faceta de “autocontrol”, de manera que la titularidad de las potestades jurisdiccionales se incardinan con exclusividad a miembros de las propias Fuerzas Armadas con la peculiaridad de participación mixta de militares pertenecientes al Cuerpo Jurídico y militares integrados en los demás Cuerpos y Armas de los Ejércitos, bien que con tendencia a la participación creciente del primer grupo y la salvedad de que en el vértice de la organización la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo se integra plenamente en el sistema judicial común. A tenor de este principio organizativo, la opción legislativa excluye a los órganos jurisdiccionales comunes definidos en el Título VI de la Constitución de la

potestad de juzgar “en el ámbito estrictamente castrense” y en su lugar, la atribuye a los propios “militares de carrera” integrados en la Institución. Así, pues, la Ley Reguladora de esta Jurisdicción tiene que partir del dato objetivo insoslayable de la personalidad bifronte de estos militares, estén o no integrados en el Cuerpo Jurídico; de una parte, en cuanto titulares de potestades judiciales deben ser protegidos, de modo que su actividad se realice “de acuerdo con los principios de la Constitución”; de otro lado, el título originario de la investidura es su condición de militares profesionales integrados en la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas. De ahí la doble dependencia de la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas y de la normativa disciplinaria específica aplicable a quienes se hallan ejerciendo funciones judiciales, lo que comporta la necesidad de una regulación equilibrada, siempre difícil, para poder preservar la coexistencia de los valores esenciales del respectivo status.

SEXTO.— Con relación a la impugnación de los anteriormente citados preceptos de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de los Tribunales Militares, y en cuanto a la atribución al Ministro de Defensa de la asignación de destinos judiciales, la conformidad de aquéllos con la Constitución deriva de la condición de militares profesionales de los miembros de la justicia militar, tanto togados como puramente militares, que hace razonable la intervención del competente y superior órgano administrativo en materia de defensa, con mayor razón cuando en los preceptos citados los nombramientos se efectúan a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, que es órgano encuadrado plenamente en el ámbito judicial militar. Es de destacar que los cuatro Vocales Togados del Tribunal Militar Central son nombrados por el Ministro a propuesta en terna de la Sala de Gobierno, quedando reducida su facultad de libre designación al Presidente (artículo 37); que tanto los cuatro Vocales Togados como el Auditor Presidente de los Tribunales Militares Territoriales son nombrados por el Ministro a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (artículo 47); que el nombramiento de los titulares de los Juzgados Togados Militares lo realiza igualmente el Ministro a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (artículo 54); y del mismo modo es la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central la que formula la propuesta al Ministro de Defensa para la fijación del número de Juzgados Togados Militares y designación de sus titulares en los casos de desplazamientos fuera del suelo nacional de Unidades de las Fuerzas Armadas (artículo 63); propuesta de la Sala de Gobierno que es igualmente decisiva en los

nombramientos de Secretarios Relatores (artículos 75 y 77). El único componente de los Tribunales Militares cuyo nombramiento no exige propuesta de un órgano judicial, como apuntábamos, es el de Presidente del Tribunal Militar Central; esta peculiaridad, en comparación con el sistema que se sigue en la ley Orgánica 6/1985 para la Jurisdicción Ordinaria, se debe a las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, y a los cometidos que, también por imperativo constitucional —artículo 8º e inciso final del artículo 117.5 de la Constitución— están llamadas a cumplir, y a la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que desempeña un papel particularmente relevante el mantenimiento de la disciplina, que no se dan en el ámbito y actuación de la jurisdicción ordinaria, y que explican la mayor intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en las asignaciones de destinos judiciales militares; debiendo, por otro lado, resaltarse que el artículo 97 de la Constitución, en su inciso 1.º, expresa que el Gobierno dirige la Administración Militar y la defensa del Estado.

SÉPTIMO.— Alega también el recurrente la inconstitucionalidad de la Ley 17/1989, en cuanto somete a todos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, que ejercen la función judicial, al mismo régimen estatutario del personal militar profesional, lo que contraviene el artículo 117 de la Constitución. Ya hemos dicho en ocasión anterior (sentencia del Tribunal Supremo, 3.ª 7, de 2 de abril de 1993) que no es exacto que el personal componente de los órganos judiciales militares procedentes del Cuerpo Jurídico tengan el sometimiento alegado, por cuanto en la Ley Orgánica 4/1987 se dedican los títulos VIII y IX a la regulación de las personas con funciones en la Administración de la Justicia Militar, y a la inspección, responsabilidad disciplinaria y potestad correctora sobre los mismos, que son los aspectos relevantes en el plano constitucional. Ahora bien, como expresa el Preámbulo de la Ley, una vez culminada la reforma de la justicia militar era necesario abordar y definir el marco global de la función militar, regulando el régimen del personal militar que mantiene una relación de servicios profesionales en las Fuerzas Armadas (artículo 3º); en cuya estructura orgánica se integran, obviamente, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, a quienes se asigna como cometidos específicos “los que conforme a la Ley les corresponden en la Jurisdicción Militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo” (artículo 27.1); precepto que tiene su correlato más explícito en la Ley 4/1987, en la que no obstante disponer que el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa

depende en el orden jerárquico del Ministro de Defensa, añade que 'en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y fiscales se regirá por sus leyes específicas' (artículo 3.º). Hemos de reafirmar, pues, en la perspectiva de una valoración conjunta de los citados Textos Legales que la aplicabilidad a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar del régimen general de los militares profesionales, de cuya condición participan, regulado en la Ley 17/1989, no choca con la Constitución, ya que no existe un mandato en este Cuerpo Legal que imponga la exclusión del estatuto de militares profesionales para los que desempeñan cometidos judiciales en el ámbito castrense.

OCTAVO.— Descartado el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de las leyes que como antecedente o marco habilitante del Real Decreto 832/1991 han sido analizadas en apartados precedentes, debemos abordar ahora las cuestiones planteadas en la impugnación de esta última disposición, que en realidad constituyen el núcleo del recurso, empezando por destacar que la Ley 17/1989 y el Decreto 832/1991, que la desarrolla y complementa en el punto concreto de la regulación de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes y demás órganos de evaluación, refieren su regulación, aplicable a los miembros del Cuerpo Jurídico, en su condición genérica de militares profesionales y con abstracción de su eventual vinculación al ejercicio de funciones jurisdiccionales, aspecto este que tiene su normación específica en la Ley Orgánica 4/1987.

NOVENO.— Invoca el recurrente la nulidad del Real Decreto en cuanto se refiere al Cuerpo Jurídico Militar, por ser contrario al contenido del artículo 117 de la Constitución; artículo 136 de la Ley Orgánica 6/1985; artículo 8 de la Ley Orgánica 4/1987 y, como consecuencia, vulneración del principio de jerarquía normativa, recogido en los artículos 9.3 de la Constitución, artículo 1.2 del Código Civil y artículo 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, alegando, además, que incurre en desviación de poder. Nuevamente es necesario insistir en que las disposiciones del Real Decreto 832/1991 están directamente conectadas a la Ley 17/1989, que abarca en forma globalizada a la totalidad de los militares profesionales, condición de la que participan los miembros del Cuerpo Jurídico ejerzan o no funciones jurisdiccionales, en cuyo último cometido se rigen por normas específicas de la Ley 4/1987. Desde este ángulo de visión es necesario destacar que la invocada prepotencia de los órganos de la Administración tiene resortes equilibradores de particular trascendencia como son la procedencia de quienes integran los órganos de eva-

luación que, salvo los Presidentes de la Junta Superior y de la Junta Permanente, son en su totalidad miembros del Cuerpo Jurídico; la publicidad de los informes, propuestas o acuerdos; y los mecanismos de control a través de la abstención, la recusación, los recursos gubernativos y en su caso recursos en vía jurisdiccional.

DÉCIMO.— En relación a la vulneración del principio de jerarquía normativa y a la alegación de desviación de poder, entiende el actor, como se indicaba en el fundamento anterior, que deriva de que el Decreto impugnado encomienda a la Administración el absoluto control y libertad de actuación sobre las carreras y el estatuto profesional de todos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, desempeñen funciones administrativas o judiciales, en forma idéntica a los otros denominados Cuerpos Comunes de la Defensa (Sanidad, Intervención y Músicos), sin la menor diferenciación respecto de quienes desempeñan funciones judiciales, formando parte en definitiva del Poder Judicial del Estado. Ello se refleja, según el recurrente, en la composición de tres órganos clave (Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, Junta de Evaluación de carácter permanente y Juntas de carácter eventual del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa), llamados a ejercer importantes funciones relacionadas con la promoción profesional, tales como ascensos, expedientes disciplinarios y de incapacitación por insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas, y otras materias. Pero tampoco es atendible esta alegación, pues el Decreto en cuestión se limita a regular la intervención de unos organismos que actúan durante la permanencia de los componentes del Cuerpo Jurídico en su condición de militares profesionales, o respecto de aspectos concernientes a esa faceta profesional, en coordinación con las demás normas reglamentarias y legales que establecen el régimen jurídico general de los militares profesionales, disponiendo si acaso el Decreto 832/1991 alguna peculiaridad en razón del componente técnico jurídico de la específica función del Cuerpo Jurídico, que justifica el sometimiento del mismo a unos órganos de control e informe, propios y distintos de los Consejos Superiores de cada Ejército que desempeñan funciones similares a las de las Juntas respecto de los demás Cuerpos Militares.

UNDÉCIMO.— Cuanto queda expuesto conduce al rechazo de las alegaciones formuladas por el recurrente, sin que sea procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitado por la parte actora, y con la consiguiente desestimación del recurso, sin pronunciamiento especial en materia de costas al no apreciarse la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

IV. VIVIENDAS MILITARES

Obligación de abandonar la vivienda, con independencia de su calificación o no como vivienda militar de apoyo logístico, para los militares en situación de reserva transitoria que, a la entrada en vigor del R.D. 1751/90, les faltasen más de cinco años para el pase a la situación de reserva prevista por la Ley 17/1989.— Inexistencia de indefensión en el Expediente de desahucio e improcedencia de la retroacción a un momento procesal anterior por constituir esto último un fraude procesal contrario a las determinaciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia de 6 de abril de 1995.

Ponente: Sr. Moreno-Luque Casariego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Que el recurrente formalizó en su día documento administrativo de adjudicación de viviendas en régimen de arrendamiento especial. Que como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto número 1.751/90 de 20 de diciembre el Director General Gerente del INVIFAS dirigió escrito al actor recordándole su obligación de abandonar la vivienda al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera. 1 Regla Cuarta del Real Decreto mencionado en el que se dispone “Que los militares que hubieran pasado a la situación de reserva transitoria, y a la entrada en vigor del presente Real Decreto (1.751/90), se encontrasen ocupando vivienda militar, si les faltasen más de 5 años para el pase a la situación de reserva que establece la Ley 17/89 deberán abandonar la vivienda, en todo caso, antes del 1 de enero de 1992”. Ante la negativa al abandono de la vivienda la Administración incoó un expediente administrativo de desahucio, que terminó en las resoluciones que ahora se recurren y por las que se acuerda el desalojo de la vivienda ocupada por el demandante.

SEGUNDO.— ...

TERCERO.— Que no se discuten para nada por esta Sala los argumentos expuestos en la demanda sobre la condición de militar del recurrente, a pesar de su actual situación dentro de las Fuerzas Armadas. Lo aquí discutido, ha de ser un problema de estricta aplicación normativa, es

decir, si el recurrente se haya incurrido en la Disposición Transitoria sobre la que descansa la Orden de desalojo de la vivienda; y si dicha Disposición Transitoria respeta todos los principios de desarrollo normativo (legalidad, jerarquía) para que cause plenos efectos jurídicos.

Por lo que respecta a la situación del recurrente, es claro que se integra dentro de la Disposición Transitoria referida y en este sentido, nada alega el actor en la demanda. Ahora bien, entendemos que la aplicación del Real Decreto 1751/90 a la situación surgida con anterioridad, no ha supuesto ninguna retroactividad normativa en perjuicio del actor, y ello porque la ocupación de la vivienda en virtud del contrato que posee, no supone como se dice en la demanda, una clara vulneración del principio de legalidad frente a derechos adquiridos por el administrado. Este no tiene respecto de la vivienda, más derechos que los que le otorgaba el condicionado de estipulaciones del contrato suscrito con el Patronato de Casas Militares, y en dicho contrato se estipula como condición primera, “que el tiempo de duración de la ocupación de la vivienda quedará limitado al establecido reglamentariamente en cuanto a su situación militar, empleo y destino o se señale en el futuro en las normas que se dicten en relación con la clase de vivienda que se adjudica”, en definitiva el contrato se condiciona a las sucesivas normas que en el futuro se promulguen respecto del Patronato de Casas Militares. Habiéndose dictado un nuevo Real Decreto que incluye la pérdida de la vivienda por la situación expresa del recurrente, no se puede objetar ninguna causa de nulidad al acto administrativo que se dictó en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, sin vulnerar otra norma de superior jerarquía.

CUARTO.— En cuanto a la pretendida nulidad del acto administrativo por no adecuarse al fin perseguido, dada la naturaleza de la vivienda, que no está calificada como militar de apoyo logístico. La cuestión carece de efectividad a nuestro particular objeto de la litis, toda vez que la Disposición Transitoria aplicada no distingue el destino de la vivienda y, donde la Ley no distingue, no podemos nosotros distinguir. A parte de la procedencia y destino que las Fuerzas Armadas puedan dar a su patrimonio de viviendas, en virtud de las facultades de autoorganización, que tiene el INVIFAS como Administración Institucional de carácter autónomo, con las consiguientes limitaciones de índole legislativo, cuya vulneración no es objeto de este recurso.

QUINTO.— En cuanto al cúmulo de irregularidades procesales denunciadas en la demanda y que constituyen el grueso de argumentos para tratar de obtener la estimación del recurso. Entendemos que no son en

ningún caso atendibles, toda vez que no han ocasionado indefensión al recurrente, quien ha podido seguir disfrutando de la vivienda hasta el momento presente, gracias al ejercicio de todos los recursos oportunos, que le permitieron su acceso a la vía contenciosa con la correspondiente suspensión cautelar de los actos administrativos, pudiendo pasar al enjuiciamiento del fondo de la litis, sin que ninguno de los supuestos alegados por el recurrente le hubieran ocasionado indefensión que fuera trasladable al momento presente, de tal manera que su estimación sólo supondría una retroacción del expediente para volver a juzgar en las mismas condiciones lo que ahora tratamos, cuestión que consituiría un claro fraude procesal contrario a las determinaciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V. VIVIENDAS MILITARES. (Pabellones)

Inexistencia de indefensión por falta de audiencia en el procedimiento de desahucio de la esposa e hijos del interesado.— Aplicación de las normas específicas que regulan los Pabellones de Cuerpo pese a la desafectación administrativa de los terrenos por ellos ocupados.— Inexistencia del derecho a permanecer en Pabellones aun cuando los inmuebles desafectados se considerasen como bienes patrimoniales de la Administración siempre que hubiese desaparecido también el título legitimador para la ocupación de los mismos.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Sentencia de 23 de mayo de 1995.

Ponente: Sra. Marijuán Arias.

PRIMERO.— Tiene por objeto el presente pleito la resolución del Secretario de Estado de la Administración Militar, de 25 de marzo de 1994, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el recurrente frente a la resolución del Director General Gerente del Instituto para la vivienda de las Fuerzas Armadas, de 25 de noviembre de 1993, que decide la terminación del expediente administrativo de desahucio y acuerda la resolución del contrato de cesión de uso de la vivienda que en su día fue adjudicada a aquél en el antiguo Acuartelamiento “María Cristina” de Santander.

SEGUNDO.— Como ya expuso esta Sala, entre otras en sentencia de 13 de octubre de 1994:

“SEGUNDO.— El recurrente opone los siguientes motivos de nulidad a las resoluciones combatidas: a) indefensión, por cuanto no han sido oídos en el procedimiento de desahucio la esposa e hijos de aquel, siendo así que el Código civil exige el consentimiento de los cónyuges para disponer de la vivienda familiar; b) inaplicación de las normas específicas que regulan los Pabellones de Cuerpo, al servicio de establecimientos de carácter militar; y c) error en la calificación jurídica que une al recurrente con la Administración militar.

TERCERO.— El primero de tales argumentos es insostenible, toda vez que la relación administrativa que, como accesoria de la relación de servicios que unía al actor con la Administración militar, surgió mediante la posesión de determinadas viviendas, no puede regirse en modo alguno por las disposiciones del Derecho privado, sino por sus reglas de específica aplicación. La invocación, al respecto, de los art. 96 y 1.320 del Código Civil no puede ser más desafortunada ya que, aun admitiendo a efectos dialécticos aquella aplicabilidad del Derecho común, los preceptos singularmente alegados nada tienen que ver con la controversia que nos ocupa y, en particular, la cita del primero de ellos, ubicado en el Capítulo dedicado a “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, resulta completamente extravagante.

CUARTO.— Los actores parecen no comprender que la relación jurídica con la Administración es de carácter público y accesoria de la que, en su calidad de militares, les vincula a aquélla, régimen estatutario que comprende una serie de derechos y obligaciones definidos en sus normas de específica aplicación. Ello significa que no existe un derecho subjetivo autónomo e independiente de la esposa e hijos a la ocupación de la vivienda, diferente del que resulta precisamente, de su condición de familiares de quien es titular de la misma por razón de su destino en el Acuartelamiento de cuyo Pabellón de Cuerpo tal vivienda formaba parte.

QUINTO.— Por lo demás, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la indefensión ha de denunciarla quien la padece. El demandante ha tenido completa participación en el expediente administrativo, donde ha dispuesto de la oportunidad de alegar cuanto ha tenido por conveniente, así como de proponer pruebas y en definitiva, oponerse a los hechos y conclusiones jurídicas obtenidos a lo

largo de su tramitación. No puede concebirse que la participación de la esposa e hijos —en el caso, no probado, de que algunos o todos ellos fueran mayores de edad o menores emancipados— como recurrentes autónomos les hubiera reportado a aquéllos un mayor conocimiento de tales datos o una más favorable posición jurídica. Los supuestamente indefensos familiares, que necesariamente hubieron de conocer, por razón de convivencia, la existencia del procedimiento, pudieron, si este era su deseo, intervenir en el mismo, en defensa de sus intereses legítimos, caso de ser éstos distinguibles de los de quienes aquí recurren, lo que no han hecho, sin duda por mantener una posición jurídica, en cuanto a la posesión de la vivienda familiar, totalmente subordinada a las vicisitudes y avatares del ahora actor, en sus respectivas relaciones con la Administración.

SEXTO.— La aplicabilidad de la Orden de 27 de noviembre de 1942 no ofrece ningún género de dudas, puesto que la Disposición Adicional Undécima del Real Decreto 1751/90, que la deroga, mantiene su vigencia, en tanto que régimen existente a la entrada en vigor de aquél, hasta tanto se dicten nuevas disposiciones, respecto de la adjudicación de pabellones y casas militares. En cualquier caso, la supuesta inaplicabilidad de la Orden que los escritos de demanda denuncian no convierte el arrendamiento en una relación de Derecho privado, ni permiten la aplicación del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque considerásemos correcta la calificación de arrendamiento relativa a la ocupación de la vivienda, lo que dista de ser cierto.

SEPTIMO.— Cesados los recurrentes en el servicio activo, se extingue su derecho a la ocupación de los inmuebles, no sólo por aplicación del artículo 16 de la Orden citada, sino, si se quiere basamentar la decisión en los presupuestos generales sobre la ocupación del dominio público, por desaparición del presupuesto de hecho en que se basa el derecho a ocupar. El razonamiento de los actores según el cual no son aplicables las normas sobre Pabellones de Cuerpo, por causa de la desafectación administrativa de los terrenos e instalaciones para su destino militar, lejos de reforzar las posibilidades de permanencia en las respectivas viviendas, constituye el argumento más sólido para fundamentar la completa y absoluta ausencia del derecho a ocupar tales viviendas, sin perjuicio de que les sean adjudicadas otras en sus eventuales nuevos destinos, con arreglo a las disposiciones que sean de aplicación. En suma, no puede

calificarse de otra forma que de precario la relación de puro hecho que vincula a la Administración militar con quienes han pasado a la situación de Reserva Transitoria, siendo así que, además, el Acuartelamiento a que estaban destinados ha desaparecido, no sólo en cuanto a instalaciones militares, sino incluso en su existencia física, y las viviendas en cuestión están destinadas, según el Plan General de Santander, a otras finalidades.

OCTAVO.— Como acertadamente sostiene el Sr. Abogado del Estado, *tampoco la consideración de los inmuebles como bienes patrimoniales de la Administración conduciría a otra solución jurídica, puesto que el art. 127 del Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/64, de 15 de abril, establece, respecto de los titulares de concesiones o autorizaciones sobre bienes de dominio público, cuando éstos pierdan su condición de tales por incorporarse al Patrimonio del Estado, hipótesis verificada con la desafectación del Acuartelamiento, que será declarada la caducidad de aquéllas en que se haya cumplido el plazo para su disfrute. A falta de plazo, es obvio considerar que la pérdida del derecho por desaparición del título legitimador priva al poseedor de la vivienda de todo derecho a disfrutarla.*

NOVENO.— No obsta a esta atribución del carácter de precario al título puramente fáctico de disfrute que los antiguamente titulares venían ejerciendo, la circunstancia de que la Administración haya venido exigiendo el canon previsto respecto de la posesión durante varios años desde la desafectación y el pase de los actores a una situación militar incompatible con la titularidad del derecho controvertido, actividad que, lejos de constituir un acto propio, puede reputarse como una conducta de mera tolerancia, que no puede reconocer o crear derechos, esencialmente revocable por la sola presencia de un “*contrarius actus*” y que encuentra su explicación humana, que no jurídica, en razones de pura benevolencia.”

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL LABORAL

Antonio Juan Carlos Fernández Martín
Comandante Auditor

I. T.C.—S. 182/1994. Reclamación cantidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Intangibilidad de las sentencias firmes.

(«BOE» de 26 de julio de 1994).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por los señores don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, magistrados, ha pronunciado, en nombre del Rey, la siguiente sentencia:

En los recursos de amparo acumulados: número 545/1992, promovido por “Galerías Preciados, S.A.”, representada por el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero y asistida de letrado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1991, en recurso de suplicación número 3813/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal y la procuradora doña Rosina Montes Agustí en representación de don M.C.T., asistido de letrado; en el recurso de amparo número 645/1992, interpuesto por “Rumasa, S.A.”, representada por el procurador don Bonifacio Fraile Sánchez y asistida de letrado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 1991, en el recurso de suplicación número 3813/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal; en el recurso de amparo núm. 1272/1992, interpuesto por “Rumasa, S.A.”, representada por el procurador don Bonifacio Fraile

Sánchez y asistida de letrado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 1992, en recurso de suplicación número 3955/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal, doña Feliciana Castrillón Cristóbal y doña María del Carmen Hinojosa Martínez, representadas por procuradora y asistidas de letrado, así como el abogado del Estado; en el recurso de amparo número 1324/1992 interpuesto por “Galerías Preciados, S.A.”, representada por el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero y asistida de letrado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de febrero de 1992, en recurso de suplicación número 73/1992, compareciendo el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y doña Mercedes Martínez Sánchez, representada por la procuradora señora Díez Espí y asistida de letrado; en el recurso de suplicación número 1452/1992, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de “Galerías Preciados, S.A.”, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 1992, en recurso de suplicación número 4210/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y doña Carmen Segura Herradón, representada por la procuradora señora Díez Espí y asistida de letrado; en el recurso de amparo 1466/1992, interpuesto por “Rumasa, S.A.”, representada por el procurador don Bonifacio Fraile Sánchez contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 1992, en recurso de suplicación número 73/1992, compareciendo el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y doña Mercedes Martínez Sánchez, representada por la procuradora señora Díez Espí y asistida de letrado; en el recurso de amparo número 1594/1992, interpuesto por “Rumasa, S.A.” representada por el procurador don Bonifacio Fraile Sánchez, contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 1992, en recurso de suplicación número 4210/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y doña Carmen Segura Herradón, representada por la procuradora Señora Díez Espí asistida de letrado; en el recurso de amparo número 1139/1992, interpuesto por “Rumasa, S.A.” representada por el procurador don Julio Antonio Tinaquero Herrero, y asistida de letrado, contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de febrero de 1992, en recurso de suplicación número 3955/1991, compareciendo el Ministerio Fiscal y la procuradora doña María del Carmen Hinojosa Martínez, en nombre y representación de doña Felicísima Castrillón Cristóbal y doña Rosario Toledo Hernández. Ha sido ponente el presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha 2 de marzo de 1992, el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero, actuando en nombre y representación de "Galerías Preciados, S.A.", interpuso recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de octubre de 1991 (not. 21 febrero 1992), en recurso de suplicación número 3813/1991, dimanante del procedimiento número 920/1990, seguido ante el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid a instancia de don Angel Carnicero Toral, en reclamación de cantidad. El recurso de amparo fue registrado con el número 545/1992, siendo admitido a trámite por la sección primera de este Tribunal, por providencia de fecha 8 de abril de 1992.

2. Con posterioridad, se interpusieron los siguientes recursos de amparo: por escrito de fecha 13 de marzo de 1992, el interpuesto por el procurador de los (Tribunales don Bonifacio Fraile Sánchez, en nombre de "Rumasa, S.A.", contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de fecha 30 de octubre de 1991, (not. 21 febrero 1992) en recurso de suplicación número 3813/1991, el recurso fue registrado con el número 645/1992; por escrito de fecha 20 de mayo de 1992, el interpuesto por el procurador de los Tribunales don Bonifacio Fraile Sánchez, en nombre y representación de "Rumasa, S.A.", contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de febrero de 1992 (not. 24 de abril) en recurso de suplicación número 3955/1991, dimanante del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número 4 de los de Madrid a instancias de doña Feliciano Castriellón Cristobal, doña Rosario Toledo Hernández y doña Concepción Cortecero Marcelo en reclamación de cantidad, el recurso fue registrado con el número 172/1992; dimanante del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número 16 de Madrid, a instancia de don Juan Antonio Pajares García, en reclamación de cantidad, el recurso fue registrado con el número 1324/1992: el interpuesto por el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de "Galerías Preciados, S.A.", por escrito presentado el 8 de junio de 1992, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de abril de 1992 (not. 1 junio) en recurso de suplicación número 4210/1991, dimanante del proceso seguido ante el Juzgado de lo Social número 3 de Madrid a instancias de doña Carmen Segura Herradón, en re-

clamación de cantidad, el recurso fue registrado con el número 1452/1992; el interpuesto por el procurador de los Tribunales don Bonifacio Fraile Sánchez, en nombre y representación de "Rumasa, S.A.", por escrito presentado el 9 de junio de 1992, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 1992 (not. 28 mayo) en recurso de suplicación número 4210/1991, dimanante de actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Social número 3 de los de Madrid en reclamación de cantidad a instancias de doña Carmen Segura Herradón, dicho recurso fue registrado con el número 1594/1992; el interpuesto por el procurador de los Tribunales don Julio Antonio Tinaquero Herrero en nombre y representación de "Galerías Preciados, S.A.", por escrito presentado el 30 de abril de 1992, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de febrero de 1992 (not. 24 abril), en recurso de suplicación número 3955/1991 en autos dimanantes de reclamación de cantidad seguida ante el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid a instancias de doña Feliciano Castrillón Cristobal, doña Rosario Toledo Hernández y doña Concepción Cortecero Marcelo, dicho recurso de amparo fue registrado con el número 1139/1992. Todos los recursos de amparo fueron acumulados al citado en primer lugar por auto de la Sala Primera de este Tribunal de fecha 12 de julio de 1993.

3. De lo expuesto hasta ahora se deduce que, en realidad, en los presentes recursos de amparo son cuatro las resoluciones impugnadas: las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 1991 (rec. sup. 3813/1991); de 28 de febrero de 1992 (rec. sup. 3955/1991); de 18 de febrero de 1992 (rec. sup. 73/1992); y de 10 de abril de 1992 (rec. sup. 4210/1991), si bien han sido impugnadas separadamente por las recurrentes "Galerías Preciados, S.A.", que aparece como demandante frente a las sentencias citadas en los recursos de amparo 545/1992, 1139/1992; 1324/1992 y 1452/1992, respectivamente, y "Rumasa, S.A.", que aparece como demandante frente a las citadas sentencias en los recursos de amparo núms. 645/1992, 1272/1992, 1466/1992 y 1594/1992, respectivamente. La similitud de los problemas planteados en los hechos que sirven de base a cada recurso de amparo, y en los argumentos en que fundan las hoy actoras sus denuncias sobre infracción de preceptos constitucionales permite exponer conjuntamente éstos y aquéllos, sin perjuicio de efectuar las puntualizaciones necesarias en los casos en que concurra alguna trascendente particularidad.

De este modo, los hechos en que se fundan los presentes recursos de amparo son los siguientes:

a) La empresa "Galerías Preciados, S.A.", tenía incorporado al Reglamento de Régimen Interior un Plan de Previsión Social desde 1966, en que se establecían prestaciones para el caso de que los trabajadores fallecieran, resultaran incapacitados absolutamente para toda clase de trabajo, o se jubilaran a los 65 años. Dicho Plan de Previsión fue modificado, previa autorización administrativa, que se concedió por resolución de la Dirección General de Trabajo de 8 de febrero de 1984.

b) La mencionada resolución de la Dirección General de Trabajo fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, que declaró nulo el referido acto administrativo por sentencia de fecha 5 de febrero de 1989. Recurrida en apelación, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 1991 en la que, estimando el recurso interpuesto, confirmó la validez de la resolución administrativa impugnada.

c) En tanto sucedían estos hechos, una serie de trabajadores presentó demandas singularizadas, reclamando las prestaciones que les correspondería percibir conforme a lo establecido en el Plan de Previsión, en su redacción de 1966. En los respectivos procesos se dictaron sentencias, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en aquellos aspectos relevantes para los presentes recursos de amparo, resolvieron como sigue:

En el recurso de suplicación 3813/1991, la sentencia de 30 de octubre de 1991 desestimó la pretensión actora, confirmando en todos sus extremos la resolución de instancia. Desechaba —para llegar a esta conclusión— la eficacia de la excepción de litispendencia opuesta por las demandantes porque, siendo competencia de la jurisdicción laboral conocer de la cuestión principal, y pudiendo resolver prejudicialmente sobre la validez de las resoluciones administrativas que autorizaron la modificación del Plan de Previsión, no concurrían en el caso las identidades requeridas y por el artículo 1252 C.C. ya que en un orden jurisdiccional se cuestionaba exclusivamente la validez de ciertas resoluciones administrativas, y en el otro —en el laboral— la cuantía de una prestación económica complementaria de la de Seguridad Social. En la misma sentencia se rechazaba la legitimación para recurrir de "Rumasa, S.A.", absuelta en la instancia.

En el recurso de suplicación 3955/1991, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 1992, igualmente desestimaba los recursos interpuestos, confirmando la sentencia de instancia. También se rechazaba que "Rumasa, S.A.", tuviese legitimación para re-

currir, por haber sido absuelta en la instancia. En cuanto a la cuestión de fondo con trascendencia a efectos del presente recurso de amparo, reiterando los argumentos mantenidos en la sentencia a que antes se ha hecho referencia sobre la prejudicialidad y la inoperancia de la excepción de litispendencia, añadía que “aunque la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1991, estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de febrero de 1989, y declaró conforme a Derecho la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 6 de julio de 1984, en la que la demandada se fundamentó para conceder menores cantidades por las indemnizaciones... reconocidas a los demandantes, tal decisión judicial no puede tenerse en cuenta al ser posterior a la sentencia de instancia y por las razones expuestas, dado que en este recurso se examina la debida aplicación del Derecho por dicha sentencia de instancia y ha de circunscribirse a las cuestiones que los motivos del mismo planteen”.

En el recurso de suplicación número 73/1992, la sentencia, de 18 de febrero de 1992, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid reiteró los argumentos antes descritos en relación con la sentencia de la misma Sala y Tribunal, de 28 de febrero de 1992, rechazando igualmente la legitimación de “Rumasa, S.A.”, para recurrir.

La sentencia, de 10 de abril de 1992, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. sup. número 3955/1991), por su parte, a la vez que rechazaba la legitimación de “Rumasa, S.A.”, para recurrir, descartaba la operatividad de la excepción de litispendencia y afirmaba el conocimiento prejudicial de la validez de las resoluciones administrativas por las mismas razones con que lo hizo la sentencia del T.S.J., de 30 de octubre de 1991, descrita con anterioridad, sin pronunciarse sobre el eventual impacto que sobre la cuestión planteada pudiera tener la resolución de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1991, que declaraba la validez de aquéllas en contra de lo mantenido, en su sentencia, por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

4. Las recurrentes en amparo impugnan las resoluciones que se acaban de mencionar por los motivos que se exponen a continuación:

a) “Galerías Preciados, S.A.”, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1991, por considerar que vulnera el artículo 24.1 C.E., ya que, al denegar la excepción de litispendencia y afirmar la prejudicialidad ha abierto la posibilidad de que se produzcan sentencias contradictorias sobre la misma materia en órdenes juris-

dicionales diferentes. Con ello se ha infringido la reiterada doctrina de este Tribunal que, a juicio de la parte, ha descartado la legitimidad constitucional de las sentencias contradictorias (SSTC 62/1984, 158/1985). Dicha posibilidad se ha convertido en realidad, además, a partir del momento en que se ha dicta la ya mencionada sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1991. Por ello solicita que se dicte sentencias estimatoria del recurso de amparo interpuesto y se declare la nulidad de la sentencia impugnada, cuya ejecución solicita se suspenda.

“Rumasa, S.A.”, por su parte, impugna la misma resolución. Recuerda, en primer lugar, que, con ocasión de la venta de “Galerías Preciados, S.A.”, a la entidad holandesa E.B., en el proceso de reprivatización de empresas del grupo, se acordó, en la cláusula sexta de las condiciones de venta, que la adquirente tan sólo asumiría las responsabilidades económicas derivadas de la aplicación del Plan de Previsión hasta una determinada cifra (5.836.000.000 pesetas), superada la cual «el eventual exceso..., correrá a cargo del vendedor». Sobre estas bases considera que la resolución impugnada vulnera el artículo 24.1 C.E. porque ha rechazado su legitimación para recurrir, al haber sido absuelta por la sentencia de instancia, ya que no se acreditó «la concurrencia del exceso» a que hacía referencia la mencionada cláusula del contrato de venta en el caso concreto al que se contraía el litigio. Considera la actora que la sentencia impugnada ha efectuado una interpretación restrictiva e irrazonable de las reglas sobre legitimación, ignorando la existencia de un interés efectivo de la parte en la resolución del asunto, pues podría quedar vinculada su responsabilidad patrimonial de acumularse las reclamaciones de trabajadores y ser estimadas por los Tribunales laborales. De otro lado, y en cuanto al fondo de la resolución, considera vulnerado el artículo 24.1 C.E. por motivos semejantes a los aducidos por “Galerías Preciados, S.A.”.

b) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de febrero de 1992, es impugnada por “Galerías Preciados, S.A.”, por motivos idénticos a los esgrimidos contra la de 30 de octubre de 1991, expuestos en el apartado anterior, y con los mismos pedimentos. En parecidos términos a los utilizados para impugnar la sentencia de 30 de octubre de 1991 de la misma Sala y órgano se manifiesta el recurso de “Rumasa, S.A.”.

c) La misma reiteración de argumentos se observa en los recursos promovidos por ambas actoras frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de febrero de 1992 la sociedad “Rumasa” tanto en la demanda como en la fase de alegaciones

del trámite de inadmisión abierto al amparo de lo previsto en el artículo 50.3 LOTC, que culminó en auto de la Sección Primera de este Tribunal, de fecha 28 de septiembre de 1992 por el que se admitía a trámite la demanda).

d) Por último, y en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 1992, los argumentos de ambas recurrentes, en los respectivos recursos de amparo, reproducen los ya descritos en el apartado a) anterior.

5. Las demandas de amparo fueron admitidas a trámite por providencias de la Sección Primera, de fechas 8 de abril de 1992 (para el recurso de amparo 545/1992); de 8 de abril de 1992 (recurso de amparo 645/1992); 22 de junio de 1992 (recurso de amparo 1139/1992); por auto de fecha 28 de septiembre de 1992 (recurso de amparo 1272/1992); por auto, de 28 de septiembre de 1992 (recurso de amparo 1324/1992); por providencia, de fecha 15 de junio de 1992 (recurso de amparo 1466/1992); por auto, de 28 de septiembre de 1992 (recurso de amparo 1452/1992) y por auto, de la misma fecha, para el recurso de amparo 1594/1992. Abierto el correspondiente trámite de alegaciones, las hoy actoras reprodujeron en lo sustancial las ya efectuadas en las demandas de amparo y —en su caso— en los respectivos trámites de inadmisión de las demandas. Por su parte, los actores en la instancia comparecieron en los procesos de amparo, oponiéndose a la estimación de las demandas —en síntesis— por considerar que las cuestiones planteadas pertenecían al ámbito de la *legalidad ordinaria*.

6. El Ministerio Fiscal, evacuó el trámite que le fue conferido en los sucesivos procesos mediante alegaciones prácticamente idénticas, habida cuenta de la coincidencia sustancial de las cuestiones de fondo planteadas. En síntesis, sus argumentos pueden describirse como sigue:

a) En los recursos de amparo en que ha sido actora “Galerías Preciados, S.A.”, recuerda la sustancial similitud de los pedimientos de las demandas con los formulados en los recursos núms. 1117/1991, 1346/1991, 1347/1991, 1306/1991, 1307/1991, 1658/1991, 1664/1991 y 2064/1991 que han sido acumulados y resueltos en un proceso de amparo diferente, remitiendo a las alegaciones entonces expuestas, y reiterando ahora su parecer contrario a la estimación por considerar que las cuestiones prejudiciales son perfectamente admisibles en este caso concreto (artículo 10 L.O.P.J. y artículo 76.4 L.P.L.) y que, por tanto, la cuestión planteada pertenece al ámbito de la *legalidad ordinaria*, pues no puede considerarse contraria al artículo 24.1 C.E. una resolución judicial que, dentro

de su ámbito competencia y fundadamente, resuelve las cuestiones que le han sido planteadas, satisfaciendo con ello el derecho que a las partes reconoce el mencionado precepto constitucional.

Sin embargo, con relación a la eficacia de la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el 24 de octubre de 1991, en que se confirmaba la validez de las resoluciones impugnadas, considera necesario el Ministerio Fiscal hacer las siguientes puntualizaciones:

— En el recurso de amparo número 545/1992, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó el 30 de octubre de 1991. Habiendo sido aportada a los autos en suplicación la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el día 7 de noviembre de 1991, es claro que ésta no pudo ser tenida en cuenta por una sentencia que había sido dictada con anterioridad.

— En el recurso de amparo número 1139/1992 hace constar el Ministerio Público que, con posterioridad a dictarse la sentencia de 24 de octubre de 1991 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se han interpuesto contra ella hasta cuatro recursos de revisión (de varios Comités de Empresa —rec. 2178/1991—, de la Federación Estatal de Trabajadores del comercio de UGT —rec. 2193/1991—, de la Federación Estatal del Comercio de CC.OO. —rec. 2194/1991— y de la Federación de Asociaciones Sindicales de Grandes Almacenes —rec. 2248/1991—), sin que, a 30 de abril de 1993, hubiera recaído sentencia. Interpuestos conforme a la legalidad vigente antes de la Ley 10/1992, los referidos recursos pueden tener una notoria incidencia en el asunto planteado, de ahí que ni siquiera después de haber recaído la sentencia del Tribunal Supremo pueda considerarse materializada la contradicción entre resoluciones judiciales que la parte ha denunciado, puesto que ni siquiera “es firme” la que acaba de citar. Esta misma argumentación se reitera en los recursos 1324/1992 y 1452/1992.

b) En los recursos de amparo en que ha sido actora “Rumasa, S.A.”, el Ministerio Fiscal expresa igualmente su parecer contrario a la estimación de las demandas de amparo. Por lo que hace a las pretendidas vulneraciones del artículo 24.1 C.E. basadas en la no paralización del procedimiento laboral a causa de la pendencia del recurso contencioso-administrativo concurrente, reproduce las alegaciones anteriormente expuestas. Y lo mismo sucede en cuanto a la pretendida vulneración del mencionado precepto constitucional cuyo origen se encuentra en no habersele reconocido a la actora legitimación para recurrir en suplicación.

7. El abogado del Estado compareció en los recursos de amparo núms. 1272/1992, 1466/1992, 1594/1992, 1139/1992, 1324/1992 y

1452/1992 y formuló alegaciones evacuando el trámite conferido. En ellas expresó su parecer favorable a la concesión del amparo pedido por entente que la Sala vulneró al artículo 24.1 C.E. al negar a “Rumasa, S.A.”, la legitimación para recurrir, puesto que el interés legítimo de la actora no se ceñía sólo a su absolución en la reclamación formulada contra ella, sino que se extendía más allá de la propia pretensión en cuanto versaba sobre la controvertida interpretación de la cláusula 6.ª del contrato de venta de las acciones de “Galerías Preciados, S.A.”, y el efecto prejudicial para sus intereses que pudiera derivarse de ello, en cuanto responsable de las deudas derivadas del plan social cuya cuantía global no podía apreciarse en el proceso.

En cuanto a la prejudicialidad y al rechazo de la excepción de litispendencia, considera que citadas resoluciones judiciales vulneran el artículo 24.1 C.E. por motivos análogos a los expuestos en las demandas y en las alegaciones del Ministerio Fiscal.

8. Por providencia de 2 de Junio de 1994, se fijó para deliberación y votación de la presente sentencia el día 7 siguiente, quedando concluida el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de los presentes recursos de amparo lo constituye una serie de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, por un lado, han resuelto sobre las pretensiones de fondo ejercitadas por las partes en la instancia, entrando a conocer de la licitud de las resoluciones administrativas que autorizaron las alteraciones en el Plan de Previsión de la empresa “Galerías Preciados, S.A.”, que estaban impugnadas en apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin que por ello se paralizase el procedimiento.

En este sentido, coinciden sustancialmente los motivos ahora aducidos con los invocados en los recursos de amparo acumulados número 1177/1991 y resueltos en sentido desestimatorio por la STC 171/1994. No obstante, en los presentes procesos, salvo los dirigidos contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1991, existe un elemento diferencial sobre cuyo alcance hemos de pronunciarnos, a efectos de si procede llegar a la misma conclusión desestimatoria. Se trata de que, con anterioridad a la fecha de resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en los de-

más casos ahora planteados, había recaído sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1991, declarando la validez de las resoluciones administrativas que habían sido impugnadas, frente a ellas. Pese a ello, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha resuelto los recursos partiendo de la nulidad de dichas resoluciones.

A juicio de las hoy actoras, este hecho materializa la contradicción entre resoluciones judiciales, que debió ser evitada —y no lo fue— por las ahora impugnadas en amparo.

2. Antes de entrar en el conocimiento del fondo de las cuestiones planteadas en los presentes recursos, se ha de rechazar la alegación esgrimida por “Rumasa, S.A.”, consistente en que han vulnerado el artículo 24 C.E. las resoluciones judiciales que le han negado la legitimación para recurrir en suplicación, con fundamento en que la sociedad hoy actora había sido absuelta en la sentencia de instancia. Esta misma objeción ha sido formulada en términos idénticos en los recursos de amparo acumulados 1177/1991 y otros, y ha sido rechazada por la STC 171/1994 en su fundamento jurídico 3.º, por entender que “la pretendida indefensión denunciada no ha tenido trascendencia material, puesto que que la parte obtuvo una adecuada respuesta a la alegación referida, en las sentencias impugnadas, que tuvieron ocasión de pronunciarse sobre ella por ser común a los demás recurrentes. Obtenida la respuesta a sus alegaciones, queda vacía de contenido la invocada infracción del artículo 24.1 C.E., debiendo por ello mismo desecharse el presente motivo de amparo que pudiera tutelarse por esta especialísima vía”. Hemos de llegar aquí a la misma conclusión, con remisión a dicha sentencia para una argumentación más detenida.

También hemos de remitirnos a dicha sentencia para desestimar los recursos de amparo núms. 545/1992 y 645/1992 correspondientes a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1991, dictada en el recurso de suplicación 2813/1991, por las razones que se exponen en los fundamentos jurídicos 4.º y 5.º de dicha sentencia, al haber hecho uso correcto de los órganos del orden social de la jurisdicción de la competencia para conocer de una cuestión prejudicial de carácter administrativo que resultaba necesaria para resolver sobre el fondo del asunto, no existiendo exigencia constitucional que impida ese conocimiento prejudicial ni imponga la excepción de litispendencia, no prevista en la normativa procesal laboral.

3. Como segundo motivo de amparo, sostienen las recurrentes “Rumasa, S.A.” y “Galerías Preciados, S.A.”, que las sentencias impugnadas han vulnerado el artículo 24.1 C.E., porque, al resolver prejudicialmente

que las resoluciones administrativas no eran válidas, y extraer de ello las consecuencias precedentes, han creado una contradicción afectiva con la sentencia anterior de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1991 que, en el recurso contencioso correspondiente, se pronunció en favor de la validez de aquéllas. Pasaremos ahora a su examen, si bien debe puntualizarse que no procede en relación con la sentencia del T.S.J., de Madrid, de 10 de abril de 1992 (rec. sup. número 4210/1991), dado que, siendo “Rumasa, S.A.”, la única recurrente en suplicación, y habiéndole negado la Sala la legitimación para recurrir, se trata de una sentencia de contenido meramente procesal que impide conocer de un motivo como el ahora esgrimido, que descansa sobre la existencia de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que en este caso no se puede producir con plenitud de efectos. Esta conclusión afecta, pues, a los recursos de amparo núms. 1594/1992 y 1452/1992, interpuestos contra la referida sentencia respectivamente por “Rumasa, S.A.”, e, indebidamente (pues ni siquiera fue recurrente en suplicación), por “Galerías Preciados, S.A.”, por lo que, respecto de este segundo motivo, concurre, además, la causa de desestimación prevista en el artículo 50.1 al LOTC, por no haberse agotado la vía judicial ordinaria en el recurso de amparo número 1452/1992.

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, este Tribunal ya ha tenido ocasión de sostener la legitimidad constitucional del conocimiento prejudicial de cuestiones inicialmente atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, y de afirmar, en consecuencia, que ni el artículo 14 ni el 24.1 C.E. imponen a los jueces y Tribunales la observancia de una absoluta homogeneidad en la interpretación del Derecho que, aunque deseable, no ha sido procurada por el legislador, articulando los cauces procesales adecuados. Todo ello porque la función jurisdiccional se circunscribe a juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado, sometido el órgano judicial únicamente al imperio de la Ley. En el cumplimiento de su función, pues, el resultado de la heterogeneidad interpretativa en las sentencias puede ser legítimo constitucionalmente siempre que dicha interpretación no pueda tacharse de arbitraria, lo que sólo sucedería —desde la perspectiva del artículo 24.1 C.E.—, si la resolución judicial que de ella resultara no pudiera “considerarse expresión del ejercicio de la Justicia, sino simple apariencia de la misma” (STC 148/1994, fundamento jurídico 4.º).

Ahora bien, la posibilidad de conocimiento incidental sobre la validez de un acto administrativo requiere como condición que esa validez sea cuestionable, por no existir sobre ella un pronunciamiento del orden jurisdiccional al que prioritariamente corresponde pronunciarse sobre esa vali-

dez, la jurisdicción contencioso-administrativa. La posibilidad implica que no exista un previo pronunciamiento de dicha jurisdicción contencioso-administrativa, pues en tal caso no es cuestionable esa validez y por ello el juez laboral está vinculado al pronunciamiento que el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa haya realizado con plenitud de efectos dentro de su propia competencia material. La cuestión prejudicial implica, pues, la necesidad de resolver incidentalmente, y a los solos efectos de decidir la pretensión planteada, un tema "litigioso" por no haber sido objeto de resolución firme y definitiva del órgano competente para ello.

Si bien la libertad de interpretación de la norma ha de ser respetada, como parte integrante de la propia función jurisdiccional, "los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículos 9.3 y 117.3 C.E.) vedan a los jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad" si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia (SSTC 77/1983, 67/1984, 189/1990, entre otras).

Este efecto no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (artículo 1252 C.C.). También se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido artículo 1252 C.C. (SSTC 171/1991, 58/1988 o 207/1989). No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el artículo 24.1 C.E., de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interesa lo aporte a los autos).

En efecto, en los demás procesos, las sentencias que, conociendo del fondo del asunto, les pusieron término, fueron dictadas con posterioridad a la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y con posterioridad —también— al momento en que dicha resolución fue incorporada a los autos, no pudiendo razonablemente considerarse que el órgano del orden jurisdiccional social desconociese el pronunciamiento del contencioso-administrativo, y sus efectos sobre las resoluciones administrativas que tan profundamente condicionaban lo que procediera en relación con las reclamaciones de los trabajadores que constituían el objeto del proceso. Afirmada de esta manera la existencia de la resolución judicial firme y el conocimiento de la misma por el órgano sentenciador, la conclusión no puede ser otra que estimar que, efectivamente, las resoluciones de los Tribunales laborales que desconocieron lo ya resuelto en el orden contencioso han vulnerado el artículo 24.1 C.E. por las razones antes expuestas.

Y esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, con posterioridad, la sentencia de lo contencioso haya sido impugnada en revisión. El referido recurso, por su propia naturaleza extraordinaria, procede contra sentencias firmes (artículo 102.1 L.J.C.A.), cuya ejecutabilidad no queda afectada por su interposición, como regla general (artículo 1.803 L.E.C., al que aquél remite), y, por tanto, no puede considerarse desvirtuada la eficacia de aquélla, a los efectos que ahora interesan, por su impugnación en esta peculiar vía, equiparándose a la eventual impugnación de la sentencia a través de los recursos ordinarios, que proceden contra resoluciones que no han adquirido firmeza y no llevan aparejada la estabilidad de sus efectos que condiciona y permite identificar la modalidad de vulneración del artículo 24.1 C.E. que ahora se denuncia. Por todo lo expuesto, procede estimar este motivo de amparo invocado, en los presentes recursos acumulados, con la sola excepción antes dicha de los que tienen por objeto la impugnación de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 1991 (rec. sup. 3813/1991) y de 10 de abril de 1992 (rec. sup. 4210/1991).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido:
Estimar parcialmente los recursos de amparo y, en su virtud:

- 1.º Reconocer el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva.

2.º Declarar la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de febrero de 1992 (en rec. sup. 3955/1991), y de 18 de febrero de 1992 (en rec. sup. 73/1992).

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia para que por la Sala se dicte otra que respete el derecho fundamental a la tutela judicial de las recurrentes.

4.º Desestimar los recursos de amparo en todo los demás.

II. Sala Segunda. Sentencia 256/1994, de 26 de septiembre de 1994. Recurso de amparo 334/1992. Contra Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de La Rioja y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión de recurso de suplicación lesiva del derecho.

(«BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1994).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Luis López Guerra, Presidente; don Eurgenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Julio Diego González Campos y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA:

En el recurso de amparo núm. 334/92, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 31 de diciembre de 1990 y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1991, que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra aquella.

2. Los hechos que dan lugar a la presente demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Los señores Campiño Garrido, Sánchez San Juan y Angulo Ruiz demandaron en reclamación de salarios no satisfechos a la empresa «Arquitectura y Vivienda, S.A.», en quiebra, y al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). El Juzgado de lo Social de La Rioja dictó Sentencia de 9 de octubre de 1990 en la que se estimaba parcialmente la demanda, absolviendo al FOGASA.

b) Los demandantes interpusieron recurso de suplicación al amparo del art. 152 de la Ley de Procedimiento Laboral, en referencia clara a la Ley de 1980. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja dictó Sentencia el 31 de diciembre de 1990 en la que, siguiendo doctrina de la Sala, desestimaba el recurso interpuesto «por basarse éste en una Ley ya derogada». En consecuencia, confirmó la Sentencia recurrida sin entrar en el fondo del asunto.

c) Frente a esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de casación para la unificación de doctrina. Se alegó que «observándose como único defecto del recurso de suplicación el formal, consistente en la equivocada cita del art. 152 L.P.L. -1980 en lugar de hacerlo del 190 L.P.L. 1990, preceptos por tora parte, reproducción el uno del otro, debió entrarse a conocer del fondo». El rechazo preliminar del recurso implica que el Tribunal Superior de Justicia «no ha conseguido el criterio más favorable al ejercicio de la acción» consagrado en la jurisprudencia del T.S. (Sentencia de 10 de febrero y 13 de mayo de 1986 y 7 de junio de 1989 —dos—) que sigue al respecto la doctrina del T.C. (SSTC 132/1987, 162/1986, 124/1987, 12/1982, 65/1983, 68/1983, 19/1986, 36/1986 y 118/1987).

d) El recurso de casación para la unificación fue desestimado en Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1991.

3. La demanda de amparo invoca el art. 24.1 C.E.

a) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja desestima el recurso de suplicación por razones de forma «incomptibles con el derecho a la tutela judicial efectiva». La alegación del art. 152 L.P.L. -1980, en lugar de invocar el art. 190 L.P.L. -1990, es «puramente formal» puesto que uno reproduce al otro. En consecuencia, no entrar en el fondo del recurso por esta sola causa implica actuar con excesivo rigor, cercenando el acceso al recurso. El propio Tribunal Supremo había acogido esta doctrina en otras Sentencias. Y de ahí que, frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se interpusiera casación para la unificación, que, en determinados casos, es vía previa al amparo (ATC 366/1991).

b) Por otro lado, la Sentencia del T.S. es también lesiva del derecho al recurso al no haber admitido la existencia de contradicción entre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada y otras del propio Tribunal Supremo. Para el Tribunal Supremo, aunque sea posible unificar criterios en materia procesal, entre aquélla y éstas no existen las coincidencias necesarias para dar lugar al recurso (art. 221 L.P.L.).

Alega el Ministerio Fiscal, sin embargo, que existía cuando menos una identidad suficientemente sustancial entre las resoluciones comparadas. De este modo, la desestimación del recurso de casación, criticable desde una perspectiva de legalidad ordinaria, adquiere caracteres constitucionales cuando con esa interpretación restrictiva y enervante se lesiona un derecho fundamental que ha sido alegado. En efecto, el Tribunal Supremo ha desestimado la casación sin tener en cuenta la doctrina constitucional en materia de admisión de recursos. Esta —expresada en las Sentencias que se citan—, si bien atribuye a los órganos judiciales la competencia para la interpretación de los requisitos de los recursos, les impone la carga de motivar suficientemente sus decisiones y en todo caso, de interpretar los requisitos legales en el sentido más favorable a la admisión. En consecuencia, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo —como pusieron de manifiesto por lo demás los Magistrados discrepantes en un voto particular— es lesiva del derecho a la tutela judicial.

c) En cualquier caso, la Sentencia del Tribunal Supremo, en cuando confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, lesiona de forma mediata el art. 24.1 C.E. y, por ello, puede ser objeto del recurso de amparo.

4. Por providencia de 25 de mayo de 1992, la Sección acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo, con los correspondientes efectos legales.

5. Por providencia de 17 de septiembre de 1992, la Sección acordó tener por personado y parte en este proceso al Abogado del Estado, según el mismo había interesado, acusar recibo de las actuaciones judiciales solicitadas, y dar vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de veinte días presentaran las pertinentes alegaciones.

6. El 15 de octubre de 1992 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, en las que se remitía a lo expuesto en el escrito de formalización de su recurso de amparo, interesando por ello la estimación del mismo.

7. El 15 de octubre de 1992 presentó sus alegaciones el Abogado del Estado, interesando la desestimación del presente recurso.

En relación a la impugnada Sentencia del Tribunal Supremo, considera que no existe infracción constitucional según la doctrina de este Tribunal —cita la STC 111/1991—, habida cuenta de que el recurso de casación para la unificación de doctrina, por ser un recurso extraordinario, no permite ampliar su objeto más allá de la delimitación legal. La interpreta-

ción aquí seguida por el Tribunal Supremo, en torno a la «igualdad sustancial» de supuestos establecidos en el art. 216 L.P.L.

Considera que, en efecto, no existía igualdad sustancial en los necesarios términos de concreción, sino sólo en términos muy generales, ello aparte de que el apreciar si tal igualdad existe efectivamente es una cuestión de legalidad ordinaria.

En relación a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, hay que considerar que el recurso de suplicación exige *ex lege* un particular rigor en cuanto a las formas procesales observables, las cuales sólo han de interpretarse con mayor flexibilidad cuando se trate de un recurso de casación, habida cuenta de la doctrina constitucional sobre la doble instancia. A su juicio, debe aplicarse la doctrina constitucional de la STC 64/1992, según la cual no existe violación por parte del órgano judicial si la inadmisión es «consecuencia del negligente incumplimiento de un requisito esencial», como ha sucedido en este caso.

8. Por providencia de 22 de septiembre de 1994, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso se dirige contra dos resoluciones judiciales a las cuales se vinculan dos diversas lesiones del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. A la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja se le imputa que el rechazo del recurso de suplicación sin que la Sala entrase en su fondo, obedeció a una razón puramente formalista como es la equivocada cita procesal que daba amparo al recurso (del art. 152 de la L.P.L. de 1980 en lugar del art. 190 de la L.P.L. de 1990). A la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina se atribuye que la desestimación, del aludido recurso obedeció a no haberse interpretado los requisitos legales en el sentido más favorable a la admisión.

2. Alterando el orden de planteamiento de las cuestiones, procede examinar primero si hubo vulneración constitucional en la última de las resoluciones impugnadas —la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— y sólo después, en su caso, si la Sentencia de la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja infringió o no el art. 24.1 C.E. Es preciso subrayar al respecto que a la Sentencia del Tribunal Supremo se le imputa una doble infracción constitucional: Primero, como partícipe de la atribuida a la Sentencia que confirma del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja; la segunda se refiere a la inadmisión del recurso de casación al margen de la doctrina constitucional en la materia por no haberse interpretado los requisitos legales en el sentido más favorable a la admisión.

No es ocioso por otra parte recordar la tan reiterada doctrina según la cual es competencia de los órganos judiciales determinar si en cada caso concreto el recurso reúne los requisitos legales para su admisibilidad y el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. queda también satisfecho a través de una resolución de inadmisión siempre que la misma esté convenientemente fundada, no adolezca de un error patente ni se sustente sobre una aplicación meramente formalista de los requisitos legalmente exigidos (SSTC 69/1984, 29/1990, 50/1990, por todas).

En el caso del recurso de casación para la unificación de doctrina, como ya ha tendido ocasión de afirmar este Tribunal (SSTC 234/1993, 126/1994 y ATC 260/1992, entre otros), los arts. 215 y ss. L.P.L. lo han configurado como un recurso extraordinario y excepcional que tiende fundamentalmente a garantizar la homogeneidad de la doctrina de los tribunales laborales y la supremacía jurisdiccional del Tribunal Supremo (art. 123 C.E.); y aquel carácter de recurso extraordinario justifica la estricta exigencia de los presupuestos de admisibilidad materiales y formales para evitar que se convierta en un tercer grado jurisdiccional con el único objetivo de examinar la infracción legal, función que la ley no le ha atribuido, como el propio Tribunal Supremo ha dicho con reiteración y así lo recuerda precisamente en la Sentencia ahora recurrida.

3. Estas consideraciones llevan a la conclusión de que la Sentencia del Tribunal Supremo no incurrió en la infracción constitucional citada. La Sala razonó extensa y fundadamente según le compete sobre la función del recurso de casación para la unificación de doctrina, insistiendo en lo ineludible del presupuesto de la necesaria contradicción entre las Sentencias aportadas, contradicción que, en un supuesto como el presente, debe referirse a la aplicación del mismo requisito formal, lo que no sucedía en el caso concreto. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja recurrida se centraba en las consecuencias de la invocación incorrecta de los preceptos legales que fundamentaban el recurso de suplicación, mientras que las Sentencias aportadas como contraste por el

Ministerio Fiscal recurrente se referían al incumplimiento de otros requisitos formales. El recurrente en casación pretendía, pues, no tanto que se resolviese una contradicción en la apreciación de las consecuencias de un mismo incumplimiento formal, sino que se aplicase a la Sentencia recurrida la doctrina antiformalista contenida en las Sentencias de contrate. El Tribunal Supremo razonó que el recurso de casación para la unificación de doctrina no podía alcanzar ese propósito, más bien propio de la casación ordinaria. Y argumentó extensamente sobre el ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina en aplicación de la L.P.L., función que, como ya se ha expuesto, compete en exclusiva al Tribunal Supremo.

Ciertamente, como pone de manifiesto el recurrente, este Tribunal también ha reiterado que los órganos jurisdiccionales han de interpretar la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales y a la efectividad de la tutela judicial (SSTC 164/1986, 118/1987, entre otras), por lo que deben prescindir de formalismos susceptibles de enervar este derecho constitucional y privar a una parte del acceso al recurso. Sin embargo, también hemos subrayado más recientemente que la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, en el ámbito del art. 24.1, aun debiendo guiar constantemente la interpretación y aplicación de toda regla procesal, no está exenta de límites en cuanto canon de constitucionalidad, ya que, de un lado, atendiendo al carácter bilateral de todo proceso, deben tenerse presentes los derechos de la contraparte. De otro lado advertirse que su aplicación requiere, primero, y lógicamente, «que la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial» (SSTC 31/1989 y 113/1990) y, segundo, que la interpretación adoptada por el juzgador sea arbitraria o inmotivada, ya que si no se dan esas circunstancias el Tribunal Constitucional no puede sustituir al órgano judicial en la función de interpretación de la legalidad ordinaria que le compete en exclusiva (SSTC 113/1990, 199/1994, entre otras).

Como se afirma en la STC 93/1993 «es el legislador quien establece las reglas sobre determinación de la cuantía de los litigios... y son los Tribunales ordinarios quienes deben interpretar tales reglas, interpretación que no es revisable en sede constitucional salvo que fuera *ultra vires*, manifiestamente arbitraria o irrazonable. Esta es la tesis que ha prevalecido y se ha consolidado en un copioso grupo de Sentencias (SSTC 9/1983, 104/1984, 28/1987, 110/1989, 52/1990, 13/1992, 142/1991, 34/1992)». En suma, pues, desde la perspectiva del art. 24.1, lo que este Tribunal de-

be enjuiciar es si la resolución judicial que deniega el acceso al recurso es manifiestamente arbitraria o infundada (por todas, STC 148/1994).

4. El segundo motivo de amparo se refiere a la infracción por la Sala del Tribunal Superior del art. 24.1 C.E. por haber inadmitido un recurso de suplicación por una razón meramente formal, como la invocación incorrecta del precepto procesal que servía de amparo a los motivos de recurso. El recurrente invocó, en efecto, el art. 152 L.P.L. de 1980, cuando lo correcto hubiera sido la invocación del art. 190 L.P.L. de 1990, ya en vigor y que formula idéntica prescripción.

Como ya se ha advertido en el fundamento jurídico anterior, son los órganos judiciales ordinarios los competentes de manera exclusiva para determinar en cada caso si un recurso reúne los requisitos necesarios para su admisibilidad, de modo que una resolución de inadmisión satisface igualmente el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. si está convenientemente fundada. Mas este Tribunal también ha sostenido que la efectividad del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. exige que las normas que contienen los requisitos procesales sean aplicadas teniendo en cuenta el fin pretendido por la Ley al establecerlos, lo cual conlleva la necesidad de evitar cualquier exceso formalista (SSTC 17/1985, 57/1985, entre otras muchas). Así, se ha afirmado que ningún requisito formal puede convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo (SSTC 36/1984, 57/1984, 74/1983), pues «no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen» (STC 3/1983). No es menos cierto que los órganos judiciales deben evitar que el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos procesales establecidos en las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes, tanto de la recurrente como de la recurrida (SSTC 185/1987, 157/1989, 133/1991 y 64/1992). Por ello, «el Tribunal *ad quem* debe proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un requisito procesal a la entidad real del defecto de manera proporcionada con su naturaleza, el grado de inobservancia y su trascendencia práctica, todo ello a la luz de la circunstancias concurrentes en el caso y en función de la finalidad última a la que sirve el requisito procesal» (SSTC 36/1986, 105/1989).

5. De acuerdo con esta doctrina, este motivo de amparo debe ser estimado. El art. 193 L.P.L. exige, ciertamente que en escrito se exprese «el

motivo o motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consieren infringidas». El Tribunal Superior de Justicia aplicó este precepto en el sentido de entender imprescindible que se formularan no sólo la naturaleza y objeto de los motivos de suplicación citando los preceptos infringidos, sino también el precepto procesal en el que el mismo se invocaba, con la consecuencia de que la cita errónea que hizo el recurrente tuvo como consecuencia la inadmisión *a limine* del recurso, cuando el error consistía, no en citar un precepto diverso que pudiera llevar a una confusión insalvable en cuanto al fundamento del recurso, sino en citar un precepto que, perteneciendo a la L.P.L. anterior, derogada muy poco antes, correspondía exactamente en su contenido con el precepto de la nueva Ley vigente, o sea el art. 190 de la L.P.L. de 1990. Tal error no incidió sin duda alguna en la recta comprensión del recurso (SSTC 57/1985, 123/1986), pues era un error evidente e intrascendente (SSTC 139/1985, 154/1987) que no impedía en modo alguno la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo. Tampoco el error formal suponía la infracción de garantías sustantivas del proceso que perjudicasen la integridad objetiva del mismo o las expectativas legítimas de la contraparte. Por el contrario, se trataba de un error que se podía percibir y salvar de una manera sencilla, y que además fue de hecho percibido por el Tribunal. De modo que la Sala otorgó al defecto unas consecuencias excesivas de acuerdo con la gravedad y trascendencia del mismo, lo que no compadece con el respeto al derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. según ha sido interpretado por este Tribunal. En efecto, la Sala, en lugar de salvar un error de escasa o nula trascendencia material, se fundamentó sólo en él para no dictar una resolución sobre el fondo del recurso.

6. Lo anteriormente razonado conduce a la estimación parcial del amparo en cuanto a la vulneración constitucional ocasionada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, desestimando en cambio las imputadas a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina. El restablecimiento del derecho fundamental vulnerado no ha de llevar, por consiguiente, a la anulación de esta última que, al limitarse a resolver acerca de la sola cuestión sobre la que cabía interponer el recurso (unificación de la doctrina), no se pronunció sobre el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior, única por tanto que procede anular (como resulta de la aplicación del art. 55 LOTC) por ser entre ambas la que ha impedido el pleno ejercicio del derecho fundamental invocado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española.

Ha decidido

Estimar parcialmente el presente recurso de amparo, interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia:

1.º Reconocer a los señores don Alberto Campiño Garrido, don Ramón Sánchez San Juan y don Juan F. Angulo Ruiz su derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a los recursos legalmente establecidos.

2.º Anular la resolución judicial impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

3.º Restablecer al recurrente en la integridad del derecho invocado, y a tal efecto reponer las actuaciones al momento procesal oportuno para que por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja se dicte nueva Sentencia en el recurso de suplicación interpuesto por los señores Campiño, Sánchez y Angulo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.—Luis López Guerra.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Firmados y rubricados.

III. Sala Primera. Sentencia 286/1994, de 27 de octubre de 1994. Recurso de amparo 175/1993. Unión Provincial de CC.OO de Palencia contra Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla y León por la que se confirma la del Juzgado de lo Social de Palencia, dictada en procedimiento de conflicto colectivo. Vulneración del principio de igualdad: discriminación en materia salarial por razón de sexo. Voto particular.

(«BOE» núm. 285, de 29 de noviembre de 1994).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 175/93, promovido por la Unión Provincial de Comisiones Obreras de Palencia, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y bajo la asistencia letrada de don Enrique Lillo Pérez, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de diciembre de 1992, que confirma la del Juzgado de lo Social de Palencia, de 22 de octubre de 1992, dictada en procedimiento de conflicto colectivo. Han intervenido el Ministerio Fiscal, «Galletas Fontaneda, S.A.», representada por el Procurador don Francisco Alvarez del Valle García y asistida por el Letrado don Ricardo Gutiérrez Sánchez, siendo Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito registrado el 21 de enero de 1993, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega interpone, en nombre y representación de la Unión Provincial de Comisiones Obreras, integrada con la Confederación Sindical de Comisiones Obreras a través de la Unión Regional de Castilla y León, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de diciembre de 1992, por la que se confirma la del Juzgado de lo Social de Palencia, de 22 de octubre de 1992, dictada en procedimiento de conflicto colectivo.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

a) El sindicato recurrente en amparo promovió conflicto colectivo contra la empresa «Galletas Fontaneda, S.A.», al objeto de que se declarara el derecho del personal femenino que presta sus servicios en la factoría d Aguilar del Campóo (Palencia) en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, con categorías de Oficial 1.^a, Oficial 2.^a y Ayudantes, a percibir igual retribución salarial que las mismas categorías que prestan sus servicios en el departamento de producción, por considerar que existe discriminación por razón de sexo.

b) El personal al servicio de esta empresa se distribuye entre personal de producción y persona de acabado, envasado y empaquetado, estando constituidas, casi en su totalidad, el primero por hombres y el segundo por mujeres. Ambos colectivos están integrados por unas mismas catego-

rías (Oficiales de 1ª y 2ª y Ayudantes), siendo superior el salario base diario establecido para el personal de producción. Existen cuatro mujeres que, pese a realizar trabajos de producción, son remunerados como el personal adscrito al sector de empaquetado. Y hay hombres que realizan tareas de empaquetado. Y hay hombres que realizan tareas de empaquetado que perciben retribuciones propias del personal de producción.

c) Con fecha 22 de octubre de 1992, el Juzgado de lo Social de Palencia dictó Sentencia, desestimando la demanda de conflicto. En ella se razona que «se trata de trabajos distintos los realizados por los operarios adscritos al sector de acabado, envasado y empaquetado, de los que llevan a cabo los operarios encuadrados en el sector de producción, sin que exista dato objetivo alguno vinculado al sexo, como vigor y esfuerzo físico revelador de la desvalorización de las prestaciones llevadas a cabo por mujeres en relación con hombres, consiguientemente, no existiendo las infracciones jurídicas denunciadas, la demanda debe ser desestimada»

d) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), en su Sentencia de 21 de diciembre de 1992, tras ratificar íntegramente los hechos probados, confirmó la Sentencia de instancia. Atendidos los factores neutros (cuidado, atención, responsabilidad o análogos a los que alude la STC 145/1991), no puede admitirse -dirá la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid- que el proceso de producción y las fases que comprende la fabricación de galletas y bizcochos sea de equivalente valor económico-jurídico al que se desarrolla en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, ya que aunque el esfuerzo físico de las primeras tareas no pueda justificadamente apoyar la diferencia retributiva, dada su irrelevancia actual por el propio contenido o naturaleza del proceso, altamente mecanizado, lo que es innegable, es que objetivamente y con independencia del sexo del trabajador ocupado, la fabricación o elaboración de los productos alimenticios impone en quienes vienen ocupados en ellos una atención rigurosa y destreza de la preparación de las mezclas y dosificación de componentes, acabado de las masas, manejo de troquelados o moldeado y observancia de puntos de cocción, que conlleva particular responsabilidad, que legitima la superior retribución por parte de pequeña relevancia frente al personal de la misma categoría ocupado en tareas de envasado o empaquetado, igualmente mecanizado, pero que conlleva dosis menores de concentración y responsabilidad, y en todo caso son por su propia significación cualitativa en el proceso productivo, sustancialmente diferentes a las que integran el proceso de elaboración que se realiza en el departamento de producción objeto de comparación».

3. En la demanda de amparo, la organización sindical recurrente en amparo considera que las Sentencias impugnadas vulneran el art. 14 de la Constitución, junto con otros preceptos legales (art. 119 T.C.C.E., art. 1 Directiva 75/117 CEE, art. 17 E.T. en relación con el art. 1 Convenio 111 O.I.T., 2.1. y 3.3. Convenio 100 O.I.T., y 14.1 Convenio 117 O.I.T.) y doctrina constitucional (muy señaladamente la STC 145/1991).

Alega, en primer lugar, que a la vista de los hechos el criterio determinante para la adscripción a uno u otro departamento es el sexo, siendo ésta la causa eficiente que motiva una retribución inferior para las mujeres que en su casi totalidad están ocupadas en el departamento de envase y una retribución superior para los hombres, que incluso trabajando en el departamento de envase, perciben superior salario. Ante esta situación la empresa debía suministrar una justificación objetiva y razonable suficientemente probada que eliminase la presunción de discriminación por razón de sexo. Al no hacerlo y atribuir a la parte demandada la carga procesal de justificación objetiva y razonable, se ha vulnerado el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Aduce, en segundo lugar, la existencia de discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que la feminización de las ubicaciones profesionales segregadas y la asignación de éstas a un menor nivel retributivo permite suponer que no se persigue otro objetivo o resultado que minusvalorar el trabajo prestado en un área de servicios con dominante ocupación femenina (STC 145/1991). Y de no admitirse la concurrencia de discriminación directa, existiría en todo caso discriminación indirecta, ya que, por un lado, la infravaloración de los puestos desempeñados por las mujeres no se basa en un «sistema de valoración objetiva de tareas, y, por otro, la infravaloración desaparece cuando estos mismos trabajos son desempeñados igualmente por hombres». Recuerda a este respecto la doctrina de este Tribunal, contenida en la STC 145/1991.

A juicio del sindicato recurrente, la explicación del tratamiento laboral peyorativo suministrada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León resulta completamente inadecuada. Apelar al factor de mayor destreza y atención rigurosa para justificar el superior salario de los hombres en la fabricación de productos, es utilizar el factor sexista clásico femenino de exigencia de destreza mental, atribuyendo por primera vez a la naturaleza y contenido del trabajo prestado por los varones. Por otra parte, se omite de modo significativo la toma en consideración del hecho probado 4.º acerca de la retribución salarial de los trabajadores que prestan servicios en el departamento feminizado y la relevancia a efectos de la dis-

crimianación que tiene el hecho probado 3.º sobre salario que tienen las empleadas que trabajan en el departamento masculinizado. La intercambialidad tiene connotaciones peyorativas para la mujer, en la medida en que cuando se produce el trasvase el tratamiento salarial inferior de la mujer permanece. En suma, no sólo no es posible identificar criterios o factores objetivos justificativos que excluyan la diferencia de trato ante un trabajo de valor igual, sino que los indicios apuntados (hechos probados 3º y 4º) vienen a reforzar la conducta discriminatoria de la empresa a la vulneración del art. 14 C.E.

Por ello, solicita de este Tribunal la nulidad de las resoluciones impugnadas y el reconocimiento del derecho de las trabajadoras con categoría de Oficiales de primera, segunda y Ayudantes, adscritas al departamento de envase, empaquetado y acabado, y las ubicadas en el departamento de producción a percibir la misma retribución salarial básica o de convenio que la cobrada por los trabajadores adscritos al departamento de producción.

4. Por providencia de 28 de junio de 1992, la Sección Segunda de la Sala Primera acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo previsto en el art. 51 de la LOCT, requerir al Juzgado de lo Social de Palencia y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para que, en el plazo de diez días, remitieran respectivamente testimonio de los autos y del recurso de suplicación, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial antecedente para su comparecencia ante este proceso constitucional en el plazo de diez días.

5. Mediante providencia de 20 de septiembre de 1993, la Sección tuvo por recibidas las actuaciones remitidas por los órganos judiciales; asimismo tuvo por parte al Procurador señor Alvarez del Valle García en nombre de «Galletas Fontaneda, S.A.», y dio vista de las actuaciones recibidas por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores señores Cañedo Vega y Alvarez del Valle García para que dentro de dicho plazo presentaran las alegaciones conveniente.

6. El representante de la empresa «Galletas Fontaneda, S.A.», formuló alegaciones en el escrito de 8 de octubre de 1993, en el que interesa la denegación del amparo solicitado, tras hacer las siguientes manifestaciones: No existe dato objetivo algunos vinculado al sexo revelador de la desvalorización pretendida. Nada tienen que ver, ni en semejanza, ni en valor los trabajos descritos en los distintos puestos laborales que se incardinan en las categorías profesiones de producción (amasador, batidor, troquelador, hornero, tolvero, etc.) con las funciones de las categorías del subgrupo de empaquetado y envasado, que tan sólo se limitan a recoger y

empaquetar el producto a mano, o contemplar su operación realizada por una máquina. En cuanto al personal masculino que realiza funciones de envasado cobrando como de producción, se ha de precisar que esto ocurre con el turno de noche, en que no existe personal femenino y, por consiguiente, no puede existir discriminación por razón de sexo cuando no hay distintos sexos en el citado turno sobre el que puedan establecerse las premisas discriminatorias. Por otra parte, esta treintena de trabajadores efectúan la terminación de labores en marcha y puntas de producción, actuando de hecho todos para todo, lo que obliga, dada su variabilidad de puestos y funciones, a retribuirles como personal de producción.

7. En escrito presentado el 14 de octubre de 1993 la representación de la recurrente vuelve a insistir en sus argumentos exhibidos en su demanda en favor de la estimación del amparo. Reitera que en la declaración de hechos probados no consta que exista un sistema objetivo de evaluación de tareas que permita establecer un factor objetivo neutro que justifique el trato salarial peyorativo para las mujeres, la diferencia salarial que la empresa intentó justificar a través de la existencia de un sistema de valoración de puestos de trabajo que dentro del proceso quedó acreditado y evidenciado que ésta sólo y exclusivamente servía para determinar en cada caso el cobro o no de la prima y el importe de la misma y que ésta era percibida por varias mujeres o por varios hombres con importantes variables, sin que la citada valoración fuera utilizada como elemento en la determinación de la retribución salarial básica que es donde se produce el tratamiento peyorativo para las mujeres. Por último, señala que cuando se produce la intercambiabilidad del personal de los departamentos, el *tratamiento salarial peyorativo para la mujer permanece*.

8. El Ministerio Fiscal evacuó su trámite de alegaciones en escrito de 18 de octubre de 1993, interesando el otorgamiento del amparo. A su juicio, la determinación de si se ha producido o no discriminación por razón de sexo debe estudiarse no sólo en base al binomio a igualdad de trabajo igualdad de salario, sino a los parámetros de igual valor de los trabajos y al hecho acreditado de que «tradicionalmente» a los hombres se les coloca en un trabajo mejor remunerado que el de las mujeres. Estas diferencias no han sido tenidas en cuenta en las Sentencias impugnadas. No sólo las diferencias en el trabajo no han quedado suficientemente acreditadas ni se ha justificado el mismo valor de los trabajos (como indica la STC 145/1991, fundamento jurídico 4.º), sino que, de hecho, se ha colocado tradicionalmente a las mujeres en trabajos menos remunerados que a los hombres y se las ha infravalorado en su trabajo como lo demuestra el que, cuando los hombres

han trabajado en el grupo de empaquetado, han cobrado como los que trabajan en producción (Sentencia impugnada, hecho 4.º), mientras que las mujeres, cuando han trabajado en el grupo de producción, han sido remuneradas como si su trabajo se hubiera realizado en el grupo de empaquetado (hecho 3.º). No está, por consiguiente, justificado que el convenio colectivo, en tales circunstancias, señale mayor salario para los trabajos de producción y menor para los de acabado, porque ello, dada la situación fáctica existente en la empresa, en definitiva, se traduce en un tratamiento desigual para hombres y mujeres, en detrimento de éstas, es decir supone un tratamiento desigual por razón de sexo. De la doctrina contenida en la STC 145/1991 citada, así como de la que se recoge en las SSTC 81/1982, 98/1993 y 38/1984, entre otras, se deduce con naturalidad esta consecuencia.

9. Por providencia de 15 de septiembre de 1994 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 de septiembre del mismo años, quedando concluida el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se articula contra las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social de Palencia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que declaran la inexistencia de discriminación por razón de sexo en la inferior retribución que percibe el personal femenino ocupado en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, con respecto del personal masculino integrado en el departamento de producción. La demandante de amparo imputa a las referidas resoluciones vulneración del art. 14.1 C.E. por un doble orden de razones: en primer lugar, porque no se ha aplicado la regla de la inversión de la carga de la prueba, a pesar de la sospecha probada de existencia de un motivo discriminatorio, y en segundo lugar, porque de los indicios probados -la feminización del departamento segregado y la asignación de un menor nivel retributivo, la percepción de un salario base superior por los varones que en turno de noche realizan tareas del departamento feminizado (hecho probado 4.º) y la remuneración inferior que perciben las cuatro mujeres ocupadas en el sector masculinizado de «producción» (hecho probado 3.º) se desprende que existe una discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

2. La primera de las denunciadas infracciones no puede prosperar, dado que si la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia descarta

la existencia de discriminación salarial justificando la diferencia de trato en la desigualdad de las tareas realizadas entre los trabajadores de los diferentes sexos objeto de comparación, atendido el criterio de la equivalencia, es posible deducir que se ha cumplido la regla de la inversión de la carga probatoria, porque sólo a partir de una premisa fáctica articulada por la empresa, el órgano judicial ha podido apreciar la inexistencia de discriminación. Al empresario, en virtud de la referida regla, sólo es exigible que desvirtúe la presunción con base en motivos ajenos a todo propósito discriminatorio por razón de sexo. Eso es lo que habrá hecho, porque de lo contrario no hubiera llevado al ánimo del juzgador la convicción de que la diferencia retributiva entre el sector ocupado por hombres y el sector feminizado pueda ser explicado por consideraciones ajenas al sexo.

Así las cosas, la cuestión no es de prueba, sino de valoración de las circunstancias apreciadas para excluir el efecto discriminatorio, partiendo de que, conforme resulta probado, el departamento de producción, integrado casi en su totalidad por hombres, recibe un salario base diario superior que el departamento de envasado, preferentemente integrado por mujeres, y que determinadas mujeres que trabajan en producción cobran como si prestasen servicios en el sector de empaquetado.

3. Para comprobar si esta diferencia peyorativa para las mujeres es o no conforme al mandato del art. 4.1 C.E., no basta —como ha declarado este Tribunal en la STC 145/1991— con comprobar la corrección formal de las diferencias salariales entre departamentos contenida en el convenio colectivo. Ha de tomarse en consideración, además, el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona.

Debe destacarse que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad de trabajo, sino —en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía art. 10.2 C.E., por este Tribunal— cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor.

Así, para excluir la existencia de discriminación retributiva entre categorías o departamentos segregados sexualmente y con niveles retributivos distintos, el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas, sino la igualdad de valor del trabajo. No es suficiente con constatar que se realizan tareas desiguales. Es preciso comprobar que dicha desigualdad no enmascara la infravaloración de trabajos de igual valor;

esto es, que no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo realizado por el sector masculino de la producción.

De otro lado, en esa valoración del trabajo, se han de tener en cuenta criterios de evaluación que, por sí mismos, no sean discriminatorios. Deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros. Todo ello porque la prohibición de discriminación por razón de sexo se ignora también cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que se han tomado en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos (STC 58/1994). En este sentido, no se puede hacer uso, salvo para supuestos muy específicos en que sea elemento determinante de aptitud, del criterio del mayor esfuerzo físico porque se corresponde única y exclusivamente con un estándar de trabajo varón y carece de la exigida neutralidad (STC 145/1991).

De ahí que, cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basado en el sexo y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.

4. Por lo pronto debe precisarse que la cuestión litigiosa se refiere exclusivamente a la diferencia salarial entre el personal femenino encuadrado dentro de determinado grupo y el personal masculino encuadrado en un grupo profesional diferente, y que las Sentencias reconocen la notable diferencia de funciones entre uno y otro grupo. Es cierto que el sistema de adscripción departamental del personal responde a una división de trabajo basada en el sexo, que no tiene su origen en el convenio colectivo, sino en una práctica inveterada de adscripción del personal masculino o femenino preferentemente a alguno de los dos departamentos objeto de comparación. Las tareas de producción están reservadas a los hombres, a excepción de cuatro, mientras que las mujeres prestan servicios en el departamento de envasados, que tiene asignado un nivel retributivo inferior.

Es muy posible que en la génesis de esa segregación profesional de trabajadores estuviera presente una vez más la idea preconcebida de la fortaleza física y cierta debilidad de la mujer en relación con el varón (STC 229/1992); pudiendo a partir de ese perjuicio explicarse que las tareas típicamente de producción, en tanto que supuestamente requieren un

mayor esfuerzo físico, se encomienden exclusivamente a varones, y que las de envasado o empaquetado, que exigen comparativamente mayor destreza manual, sean asignadas a las mujeres en función de su supuesta mejor predisposición a este tipo de funciones. Esta distinción constituye una percepción bastante anacrónica y nada objetiva que «responde más a un estereotipo que a diferencias reales, naturales o biológicas»

En principio, no debe haber impedimento físico alguno para que el personal femenino del departamento de envasado no pueda desempeñar los puestos de trabajo ocupados por los hombres. Dada la naturaleza técnica y mecanización de ambos procesos, el esfuerzo físico no constituye —como pone de manifiesto el Tribunal Superior— un elemento de relevancia para el desarrollo de las tareas de producción.

Sin embargo, lo que está en cuestión en el proceso de origen y en este proceso constitucional no es la corrección de ese reparto de tareas. Como acertadamente razona la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, ese reparto diferenciado de tareas no fue objeto de debate ni corresponde a la posible discriminación salarial, sino a la igualdad en el acceso al trabajo, en cuanto exista un obstáculo infundado al pase a uno u otro sector, o a la comunicabilidad de los sexos entre ambos. Pero esto es un problema que no puede resolverse a través de una pretensión de discriminación salarial, en tanto no se cumpla el necesario presupuesto de la existencia de un trabajo de igual valor.

Centrado el debate exclusivamente en la discriminación salarial, y no cuestionada esa división sexista de tareas (cuya corrección, por los demás, difícilmente podría obtenerse directamente del amparo constitucional, en lo que no fueran obstáculos formales para la intercambialidad de funciones entre los sexos, y para lo que el sindicato actor tiene siempre abierta la vía de la contratación colectiva), lo que está en juego en este proceso constitucional es exclusivamente si la diferencia salarial entre ambos grupos o departamentos constituye una discriminación por razón de sexo contraria al derecho reconocido en el art. 14 C.E.

5. El Tribunal Superior de Justicia considera justificada la diferencia retributiva existente en el salario base entre el personal de producción y el de envasado, en que «la fabricación o elaboración de los productos alimenticios impone en quienes vienen ocupados en ellos una atención rigurosa y destreza en la preparación de mezclas y dosificación de componentes, acabado de las masas, manejo de troquelado o moldeado y observancia de puntos de cocción que conlleva una peculiar responsabilidad, que legitima la superior retribución —por otra parte de pequeña relevan-

cia— frente al personal de la misma categoría ocupado en tareas de envasado, o empaquetado, igualmente mecanizado, pero que conlleva dosis menores de concentración y responsabilidad».

En principio, no puede decirse que lo alegado por el empresario y aceptado por el Tribunal no sea un argumento válido para explicar la diferencia salarial en perjuicio del personal de envasado. En efecto, como se puede comprobar, unos y otros trabajadores tienen asignadas tareas muy distintas. En el departamento de producción, las funciones de los trabajadores varones están vinculadas con la creación del producto y manipulación de las materias primas, mientras que en el departamento de envasado, la función consiste en la recogida y empaquetado del producto. Por otra parte, el análisis del valor del trabajo asignado se ha realizado sobre criterios neutros, vinculados a cualidades poseídas indistintamente por cualquiera de ambos sexos. El esfuerzo físico, en cuanto rasgo de actividad que suele proyectarse sobre ciertas tareas para justificar la contratación de hombres no ha sido valorado, y sí se han tomado en consideración, sin embargo, otros elementos —como la educación, destreza, concentración, responsabilidad—, que son predicables de cualquiera de los dos sexos. Está claro que el solo uso de estos criterios no prejuzga la absoluta corrección del análisis del valor del trabajo. Aún debe hacerse una evaluación justa de tales criterios, que no es nada fácil, al tener que partir de conceptos por sí mismos indeterminados y sobre realidades dispares. Y en este sentido es muy probable que se haya apreciado adecuadamente la mayor implicación de los comunes atributos en las tareas de producción. No es irrazonable pensar que es más acusada la exigencia de la destreza o la concentración, tal como estima el Tribunal. En todo caso, no hay una sobrevaloración de los citados criterios en la categoría predominantemente masculina.

6. Ahora bien, no puede pasarse por alto, el dato objetivo incorporado fehacientemente al relato histórico de la Sentencia, de que los varones cuando desempeñan las tareas propias del sector femenino, en horario nocturno al que sólo acuden los varones, son retribuidos conforme al salario previsto para las categorías masculinas, y que, sin embargo, cuando la mano de obra femenina es ocupada en el sector de producción sea remunerada conforme al sector de empaquetado.

En el caso de los hombres existe un factor diferencial que justifica la retribución más alta que perciben, que es, asimismo, sexualmente neutro, cual es el trabajo en horario nocturno, que podría afectar por igual a hombres y mujeres.

Sin embargo, por lo que afecta a las mujeres que trabajan en la sección de producción, nada hay que justifique el inferior salario que perciben en relación con los hombres compañeros de dicha sección. El sexo es el único motivo para la diferenciación de trato, ya que las mujeres no recibirían el peor trato económico que reciben de no ser mujeres.

Es cierto que las diferentes funciones previstas para un departamento u otro pueden no enmascarar trabajos de igual valor, pero esa desigualdad pierde toda razonabilidad para justificar la diferencia retributiva, desde el momento en que no es tomada en consideración para las trabajadoras que, prestando servicios en la sección de producción, cobran la retribución básica correspondiente a la de empaquetado. Aquí resulta que trabajo idénticos o de igual valor (según los criterios neutros aportados por el empresa y manejados por los órganos judiciales) no son retribuidos con igual salario. Nos hallamos, así, ante una *discriminación indirecta*, donde la cobertura formal —la adscripción de estas trabajadoras al sector de empaquetado— oculta la realidad judicialmente comprobada de la desigualdad de trato entre quienes desarrollan un mismo trabajo.

A la vista de cuanto antecede, hemos de concluir que las resoluciones judiciales, si bien no han observado conducta omisiva alguna en la tutela de los derechos fundamentales de las trabajadoras representadas en amparo que trabajan en la sección de empaquetado al desestimar la pretensión de equiparación salarial, no han aplicado, sin embargo, debidamente el art. 14 C.E. ni la doctrina de este Tribunal sobre la desigualdad salarial, al declarar inexistente la discriminación salarial en el caso de las trabajadoras que realizan su trabajo en el sector de producción.

Para el restablecimiento de las recurrentes en la integridad de su derecho, se habrá de reconocer el derecho de estas trabajadoras adscritas al departamento de envase, empaquetado y acabado, a percibir la diferencia salarial correspondiente en relación al salario base, es decir, la diferencia que perciben los trabajadores con idénticas categorías adscritos al departamento de producción con quienes la desigualdad de trato no obedece a criterios técnicos racionales *desvinculados de toda consideración del sexo*.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española

Ha decidido

Estimar parcialmente el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer a las trabajadoras adscritas al departamento de empaquetado que trabajan en el departamento de producción al derecho a no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial.

2.º Declarar la nulidad parcial de la Sentencia, de 22 de octubre de 1992, del Juzgado de lo Social, de Palencia (autos 739/92), y de la Sentencia, de 21 de diciembre de 1992, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) (recurso núm. 2.533/92).

3.º Declarar el derecho de las trabajadoras del departamento de envase, empaquetado y acabado, incluidas en el departamento de producción, a percibir el salario base en la misma cuantía que el asignado a los trabajadores adscritos al departamento de producción.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro —Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Firmado y rubricado.

Voto Particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 175/93

Disiento de la Sentencia dictada en el presente recurso de amparo porque entiendo que el fallo ha debido ser desestimatorio en razón de lo siguiente:

1. El recurso, formulado por la Unión Provincial de Comisiones Obreras de Palencia, impugna las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 21 de diciembre de 1992, y por el Juzgado de lo Social de Palencia, de 22 de octubre del mismo año, en un conflicto colectivo de trabajo en el que, con base principalmente en el art. 14 de la Constitución, se pretendía la equiparación salarial de los trabajadores que prestaban sus servicios a la demandada en la sección de empaquetados con la que percibían los trabajos adscritos a la sección de producción. Entre una y otra sección había una diferencia salarial en favor de la segunda a la que se destinaba preferentemente el personal masculino; mientras que a la primera —sección de empaquetado— era destinado en su mayor parte el personal femenino.

Las Sentencias desestimaron la demanda de conflicto colectivo por entender, en síntesis, que la diferencia de retribuciones no obedecía a dis-

crimianación alguna por razón de sexo, sino a que «eran diferentes las tareas realizadas en uno y otro departamento, según los cometidos asignados a las mismas en la vigente ordenanza para Industrias de Alimentación». Es de advertir que en la Sentencia dictada por el Juzgado, confirmada en todos sus extremos por el Tribunal Superior, se hacía constar como hecho probado lo siguiente: «Tercero.- Existen cuatro trabajadas que realizan tareas propias del personal de producción y son remuneradas como el persona adscrito al sector de empaquetado.»

Es precisamente este hecho probado al que sirve de base a la Sentencia de la que disiento, para anular parcialmente las Sentencias recurridas en amparo y declarar el derecho de los trabajadoras que prestan su servicio en producción a percibir el mismo salario que los trabajadores adscritos a dicho sector.

2. El proceso especial de conflicto colectivo tiene por objeto, según el art. 150 de la Ley de Procedimiento Laboral (L.P.L.), «las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa». Para su planteamiento están legitimados (art. 151 de la L.P.L.) los sindicatos y las asociaciones empresariales y no lo están individualmente los trabajadores que tienen en el procedimiento ordinario el cauce para la reclamación de sus derechos e intereses.

Tanto en la demanda inicial del conflicto colectivo como en el recurso de suplicación, el sindicato recurrente actuó con arreglo a los preceptos indicados y también se ajustaron a la naturaleza y objeto propio del proceso especial, las Sentencias desestimatorias del conflicto colectivo. Es más, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se afronta, en sus razonamiento jurídicos, el problema relativo al hecho probado que hemos dejado transcrito y respecto del mismo se dice lo siguiente en el fundamento de Derecho tercero:

«...sin que las diferencias retributivas individualizadas que pudieran haberse producido, permitan hacer una declaración abstracta o genérica, propia de las decisiones que ponen fin al conflicto colectivo, al afectar a derechos subjetivos personales que, al entroncar con el valor primario de la libertad, su defensa ha de confiarse al titular del derecho dotado de capacidad de obrar por la vía procesal idónea, en todo caso extraña a los parámetros del proceso de conflicto colectivo...»

3. En mi criterio, por supuesto con todos los respetos para la mayoría de los Magistrados que opinan lo contrario, el razonamiento transcrito se ajusta a la naturaleza y objeto de los conflictos colectivos, y también se ajusta a la legitimación para promoverlos. Las trabajadoras afectadas por el tercero de los hechos probados, tenían y tienen en el procedimiento ordinario el cauce procesalmente adecuado para demandar sus derechos; pero estos derechos subjetivos e individuales no pueden ser objeto de declaración alguna en un proceso de conflicto colectivo para no afectar «a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores» como establece el art. 150 de la L.P.L. para esta clase de procesos.

Disiento, pues, de la nulidad parcial de las Sentencias recurridas en amparo, toda vez que, a mi entender, las mismas no vulneran el principio de igualdad en el que se basaban las demandas del conflicto colectivo y, en congruencia con lo solicitado en ellas, fueron desestimadas. Desestimación que ha debido ser confirmada por este Tribunal por las razones expuestas y, además, por congruencia con lo solicitado por el sindicato en su recurso de amparo, según se recoge en el antecedente 3.º, último apartado, de la Sentencia de la que disiento.

Madrid, veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.—
Fernando García-Mon y González-Regueral.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 303/1994, de 14 de noviembre de 1994. Recurso de amparo 1916/1993. Contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona, recaída en proceso de despido, así como contra actuaciones posteriores ante el Juzgado de lo Social núm. 30 de la misma ciudad en ejecución de aquélla. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: emplazamiento edictal lesivo del derecho.

(B.O.E. n.º 298-14-Diciembre 1994)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1916/93, promovido, por don Miguel Cruz García, representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García y asistido del Letrado don José Manuel Suárez Otero, contra la Sentencia de Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona, de fecha 4 de mayo de 1992, y cuantos actos procesales anteriores desde la citación para conciliación y juicio y posteriores a la dicha Sentencia se han producido en virtud del procedimiento 121/92 y en ejecución 4917/92 por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona. Ha comparacido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de junio de 1993, don Jorge Deleito García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Miguel Cruz García, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia, de 4 de mayo de 1992, del Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Barcelona, y cuantas otras actuaciones posteriores se hubieran producido en virtud del procedimiento 121/92 seguido ante el referido Juzgado de lo Social y en ejecución 4917/92, por el juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona.

2. El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

a) El actor, junto con don Francisco Salador, es socio de «Instituto de Componentes Telefónicos, S.A.», del que además es administrador. Asimismo, es socio de «Instaladora de Comunicaciones Telefónicas», de la que el señor Salvador es administrador. Habiendo surgido entre ambos socios una cuestión penal, al hoy actor, junto con otro querellado, le fue imposibilitada la entrada en los locales donde operaba Instaladora de Comunicaciones Telefónicas, S.A. (sitos en c/ Jericó núms. 1, 3 y 3 bis), autorizándose a don Francisco Salvador, en su calidad de administrador de la sociedad, a que cambiase las cerraduras de los mismos por providencia de 11 de febrero de 1991 del Juzgado de Instrucción que conoció de la querrela, que fue confirmada por Auto del mismo Juzgado de 21 de febrero de 1991. Tal prohibición sólo se levantaría tras el sobreseimiento de la querrela, en fecha no determinada en la demanda, de octubre de 1992. En el mismo domicilio tenía su sede Instituto de Componentes Telefónicos, S.A.

b) Con fecha 21 de mayo de 1992 tuvo conocimiento el hoy actor por primera vez, según afirma, del procedimiento de ejecución num.

4917/92, seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Barcelona a resultas de la Sentencia condenatoria recaída en un proceso de despido ante el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de dicha ciudad. En el referido proceso de despido fue actor don Miguel Montilla Sánchez, siendo demandados Instituto de Componentes Telefónicos, S.A., Instituto de Comunicaciones Telefónicas, S.A., el hoy actor y don Francisco Salvador López, que firmó, el 28 de enero de 1992, la carta de despido. El despido fue declarado nulo por Sentencia de referido Juzgado núm. 17 de Barcelona, de 4 de mayo de 1992, condenando a todos los demandados solidariamente al abono de las cantidades en ella fijadas. La Sentencia, no siendo recurrida, devino firme. Y firme por no recurrido el Auto de 1 de septiembre de 1992 del mismo Juzgado núm 117 de lo Social por el que se declaró extinguida la relación laboral y se condenó solidariamente a los demandados y ejecutados al abono de 1.097.274 pesetas en concepto de indemnización, y de 990.949 en concepto de salarios de tramitación.

c) Examinadas las actuaciones pudo constatar que, ante su incomparecencia y suspensión de la primera citación para el acto del juicio (el 18 de marzo de 1992), el Letrado del Trabajador demandante proporcionó al Juzgado las nuevas direcciones donde el hoy demandante de amparo podía ser hallado (en concreto la c/ San Quintín 33-35, lugar de su residencia particular, y la Rambla Volart 83 bajos, lugar de su nueva actividad profesional, ambos de Barcelona). Así se hacía constar en la diligencia extendida por el Secretario del Juzgado con esa misma fecha 18 de marzo de 1992. Pese a esta comunicación al Juzgado de los extremos que hubieran permitido su localización, el órgano judicial acordó la notificación por edictos, que fue la que se utilizó en todo lo largo del procedimiento.

d) Instada la ejecución de las cantidades concretadas en el Auto de 1 de septiembre de 1992, el Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona procedió a embargar el vehículo Mercedes-Benz propiedad del hoy actor; precisamente a raíz de la notificación de la providencia de embargo tuvo conocimiento el hoy actor de lo sucedido.

3. Consideraba el actor que los hechos descritos y el conjunto de actuaciones judiciales que se sucedieron mediante su notificación por edictos vulnera el art. 24.1 C.E., causándole indefensión, pues no le fue posible en modo alguno tener conocimiento de la pendencia del procedimiento judicial pese a que al Juzgador sí le constaban los domicilio en que podía ser hallado, por haberlo puesto así de manifiesto la representación letrada del trabajador demandante en la instancia.

Por todo lo anterior, solicitaba de este Tribunal que dictase Sentencia estimatoria, declarando la nulidad de la del Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Barcelona y las restantes actuaciones efectuadas en ejecución de la misma, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediato anterior al de la citación para el acto del juicio.

Mediante otro sí solicitaba la suspensión de la ejecución de la Sentencia, que le fue concedida parcialmente por Auto de fecha 13 de diciembre de 1993.

4. Por providencia de 25 de octubre de 1993, la Sección Primera acordó conceder a la parte y al Ministerio Fiscal plazo común de diez para que, de conformidad con lo previsto en el art. 50.3 LOTC, efectuasen las alegaciones que tuviesen por convenientes respecto de la posible falta de contenido constitucional de la demanda.

5. La parte efectuó sus alegaciones por escrito registrado el 8 de noviembre de 1993, reproduciendo sustancialmente las contenidas en la demanda de amparo, dado que, en el conjunto de las actuaciones, no podía hallarse constancia de que el hoy actor hubiera podido conocer la existencia del proceso de despido.

6. Admitida a trámite la demanda por providencia de 22 de noviembre de 1993, y abierto el trámite previsto en el art. 52 LOTC, la parte, por escrito registrado el 1 de febrero de 1994 se reafirmó en las alegaciones ya efectuadas.

7. El Ministerio Fiscal efectuó sus alegaciones por escrito registrado el 2 de febrero de 1994. En él hacía constar que, desde la perspectiva constitucional, era relevante conocer en este caso si el Juzgado de lo Social procedió con la adecuada diligencia en la citación del hoy actor y, en segundo lugar, si éste tuvo de alguna manera oportunidad de conocer la pendencia del proceso de despido.

Respecto de la primera cuestión, y recordando la abundante doctrina de este Tribunal (entre otras, STC 312/1992), concluye el Ministerio Público que puede apreciarse la falta de diligencia del órgano judicial al mantener la comunicación por edictos pese a haberse incorporado a los autos las direcciones particular y profesional del hoy actor, donde podía ser hallado, y tampoco es posible deducir de las actuaciones que el hoy actor tuviera conocimiento de la pendencia del proceso. Por ello, concluía afirmando su parecer favorable a la concesión del amparo pedido, si bien con un pronunciamiento que anulase lo actuado únicamente en relación con el hoy actor, quedando firmes los restantes extremos de la Sentencia impugnada y las restantes actuaciones en ejecución que no le afectasen.

8. Por providencia de 10 de noviembre de 1994, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Centra su queja el hoy actor en la indefensión que le ha causado la utilización de las notificaciones por edictos en relación con el proceso de despido incoado contra él, su socio don Francisco Salvador, y las empresas Instituto de Componentes Telefónicos, S.A., e Instaladora de Comunicaciones Telefónicas, por el señor Montilla Sánchez, trabajador al servicio de éstas.

Los extremos que, a juicio del hoy actor, dan relevancia constitucional a la indefensión causada son, por una parte, su imposibilidad de acceder a los locales en que tenían su domicilio las sociedades demandadas (al habersele prohibido judicialmente como consecuencia de una querrela interpuesta contra él por su socio el señor Salvador) y, por otra parte, la falta de diligencia judicial, desde el momento en que el órgano jurisdiccional mantuvo la comunicación por edictos pese a constarle los nuevos domicilios del actor, personal y profesional, que habían sido puesto en conocimiento de aquél por el Letrado del trabajador demandante. Todo ello, en suma, conforma su supuesto de infracción del art. 24.1 C.E.

2. Plantea la demanda una cuestión sobre la que este Tribunal ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse: la legitimidad, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E., de las notificaciones hechas por edictos, y no mediante comunicación personal, cuando ésta es posible.

Una jurisprudencia uniforme ha mantenido al respecto que el derecho a la tutela judicial efectiva implica, como presupuesto fundamental, que la parte pueda acceder al proceso para la defensa de sus intereses, lo que es obvio que sólo puede suceder cuando tiene conocimiento de que el proceso mismo se ha iniciado. De este modo, «el emplazamiento personal, al asegurar que el demandado pueda comparecer en juicio y defender sus posiciones frente a la parte demandante, se convierte en un instrumento ineludible para garantizar tal derecho» (SSTC 37/1984, fundamento jurídico 1.º; 68/1986, fundamento jurídico 2.º 234/1988, fundamento jurídico 3.º; 188/1990, fundamento jurídico 1.º; 26/1993 fundamento jurídico 4.º, entre otras). Un instrumento ineludible por cuya efectividad debe el Juez velar, poniendo en la actividad de comunicación la diligencia que sea razonablemente exigible a la vista de las circunstan-

cias concurrentes en el caso, como se desprende de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, cuyos arts. 53 y ss., y en especial en su art. 56, dejan a la notificación por edictos una función excepcional, de tal suerte que sólo será admisible cuando «una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables, no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero»

Como acertadamente observa el Ministerio Fiscal, no es posible aplicar esta doctrina al caso concreto de forma mecánica, sin tomar en consideración los hechos que en él concurrieron, y a la vista de las actuaciones, se pone de manifiesto que no es posible en modo alguno considerar desvirtuadas las afirmaciones del actor sobre su imposibilidad de tener conocimiento por otros medios el proceso pendiente, dadas las muy particulares circunstancias por las que atravesaban las sociedades mercantiles en las que participaba y el conflicto abierto entre los socios, manifestado con la interposición de una querrela penal a resultas de la cual se le había vedado judicialmente al hoy actor el acceso a la sede social.

Asimismo, es trascendente para la resolución del caso tomar en consideración que el Letrado de la parte actora puso en conocimiento del órgano judicial los domicilios personal y profesional del hoy actor en un momento lo suficientemente temprano del procedimiento como para haber posibilitado la notificación de la existencia de éste en términos que facilitasen su plena defensa, mediante actos de comunicación personal.

Y, finalmente, es de resaltar que la conducta omisiva del órgano judicial no trajo sólo como consecuencia la imposibilidad de la parte de asumir su defensa efectiva. Aparte esta trascendente consecuencia, resulta asimismo fundamental apreciar que el juzgador basó su pronunciamiento condenatorio en la facultad (que concede a éste el art. 91 L.P.L.) de tener *por confesa a la parte demandada no comparecida en los hechos esenciales* expuestos en la demanda.

Todo este conjunto de circunstancias, directamente vinculadas a la actitud omisiva del órgano judicial, conduce a concluir que éste no ha observado la conducta diligente en la promoción de los derechos de defensa de la parte que le impone el art. 24.1 C.E., con lo que ha de entenderse consumada la vulneración denunciada.

3. Sostiene el Ministerio Fiscal la conveniencia de matizar el contenido del fallo, declarando la nulidad de todo lo actuado en ejecución, y de la Sentencia impugnada únicamente en los extremos relativos al recurrente. Y procede estimar en este punto los argumentos del Ministerio Público, pues, siendo varios los demandados, no hay dificultad en mantener los

pronunciamientos de la Sentencia de instancia respecto de aquéllos que no la han impugnado en esta vía, pidiendo restablecerse el derecho del actor con la reproducción del acto del juicio en los únicos extremos relativos a su eventual responsabilidad derivada del acto de despido. Todo ello sin perjuicio de que por el órgano judicial puedan adoptarse las medidas cautelares que estimen procedentes para asegurar, en su caso, el cumplimiento del fallo que en su día se dicte en relación con el hoy actor.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LA CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo y, en su virtud:

1.º Declarar el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

2.º Declarar la nulidad parcial de la Sentencia de 4 de mayo de 1992 del Juzgado de lo Social núm 17 de los de Barcelona, en el único extremo en que declara la responsabilidad de hoy actor, así como de todas las actuaciones en ejecución de la referida. Sentencia que se dirigen contra el demandante en amparo, sin perjuicio de que él órgano judicial pueda adoptar las medidas a que se hace referencia en el fundamento jurídico 3.º de esta resolución.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al acto del juicio, para que se celebre nuevamente respecto de los solos extremos que incumben a la responsabilidad del demandante de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a catorce de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.—Miguel Rodríguez-Piñero y Brazo-Ferrer.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Pedro Cruz Villalón.—Firmado y rubricado.

3. DOCUMENTACION

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO RELACIONADO CON LA ADMINISTRACIÓN MILITAR (1992) —2.ª Parte—*

II. Administración Militar

1. MILITARES DE REEMPLAZO

1.1. *Consideraciones generales*

Durante el año 1992 el desarrollo normativo de la Ley Orgánica 13/1992, de 20 de diciembre del servicio militar, ha sido especialmente significativo. Las disposiciones han sido dirigidas a coordinar los mecanismos necesarios para hacer efectiva la incorporación de los nuevos reemplazos del servicio militar.

1.2. *Visita a unidades y centros disciplinarios*

Continuando con las visitas iniciadas en 1989 a distintos centros disciplinarios militares, a lo largo de 1992, se ha visitado la Base Aérea de Los Llanos en Albacete, el Cuartel de Infantería de Marina, Tercio Norte, el Arsenal de El Ferrol y la División Acorazada Brunete nº 1 (Base de El Goloso, Madrid).

* La primera parte de este Informe, fue publicado en el núm. 62 de la REDEM. El extracto ha sido elaborado por José leandro Martínez-Cardós Ruiz, del Consejo de Redacción de la REDEM.

1.3. *Condiciones de la prestación del servicio militar*

Durante este año ha descendido el número de quejas relativas al modo de incorporación de la tropa de reemplazo a unidades especiales de las Fuerzas Armadas.

1.4. *Accidentes y fallecimientos durante el servicio militar*

Durante este año se ha producido el desarrollo de las previsiones contenidas en las disposiciones finales primera y segunda del Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, por el que se regula la Concesión de Pensiones e Indemnizaciones del Régimen de Clases Pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los Centros Docentes de Formación, a través de la Orden Ministerial de 27 de febrero por la que se dictan normas de adaptación del Capítulo II del Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, sobre el Procedimiento para la Concesión de Pensiones e Indemnizaciones del Régimen de Clases Pasivas del Estado a los Voluntarios que Presten un Servicio en la Cruz Roja, con efecto de servicio en filas, y de la Orden 40/1992, de 25 de mayo, por la que se adapta al Cuerpo de la Guardia Civil el Procedimiento Previsto en el Capítulo 11 del Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre.

1.5. *Prórrogas, exenciones y reconocimientos médicos*

A lo largo de 1992 se han tramitado quejas, dentro de este apartado general, con relación a los problemas que plantea la imposibilidad de acceder a la prórroga de 1.^a Clase habiendo disfrutado ya prórroga de 2.^a Clase; la desinformación y consiguiente preocupación que se ha suscitado entre un gran número de españoles residentes en el extranjero respecto a sus hijos, por la previsión del artículo 14 de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, en cuanto que las sucesivas ampliaciones de la prórroga de 4.^a Clase no conlleve la exención definitiva para el servicio en filas; la problemática suscitada por los reconocimientos médicos y, en concreto, la posible discrepancia entre el resultado de los mismos y los informes que aportan los interesados de médicos privados; la concesión de prórrogas por sostenimiento de familia; el silencio ante la interposición de recursos contra decisiones de los tribunales médicos; la concesión de pró-

rroga de 6a. clase y las dudas que la misma suscita ante la falta de una reglamentación que la desarrolle.

1.6. *Régimen disciplinario*

Es importante resaltar, que dentro de este apartado, la institución, en relación a las quejas que ha admitido en 1992, ha tenido en consideración que su misión es ante todo velar porque la aplicación del régimen disciplinario se haga con las garantías formales y buscando que las condiciones de cumplimiento de las sanciones no supongan un agravamiento de las mismas.

1.7. *Cambios de llamamiento y cambios de región militar*

Con relación a los cambios de llamamiento cabe significar que, en algunas ocasiones, las motivaciones últimas de estas solicitudes se basan en la necesidad de lograr que un determinado puesto de trabajo se consolide o en prestar una asistencia, a personas próximas a su círculo familiar, absolutamente imprescindible.

1.8. *Reclutamiento*

Durante 1991 fue tramitada la queja 9119176, recogida en el informe anual, en la que se señalaba que un mal funcionamiento de los servicios de reclutamiento habían ocasionado a un ciudadano, que había finalizado su servicio militar en 1986, varios problemas al haber sido llamado a cumplir el servicio militar, incluso dictándose una orden de busca y captura, aún a pesar de que el interesado había comunicado al centro de reclutamiento el error cometido. En la contestación oficial dada durante 1992, el Ministerio de Defensa ha señalado que efectivamente se había producido un erróneo doble alistamiento de esta persona que originó una orden de busca y captura, habiendo sido anulada y regularizando informáticamente su situación actual.

El derecho a una información lo más amplia posible y a la utilización de las garantías previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo, durante el período de reclutamiento, hacen necesario el que se extremen to-

das las medidas necesarias a fin de evitar situaciones como las recogidas en la queja 9102608 en la que la persona compareciente señalaba una serie de incidencias ocurridas a raíz del reconocimiento médico de que fue objeto, por haber alegado padecer un defecto visual, que le originó una situación de indefensión por no tener en ningún momento una información clara sobre el tipo de recursos y alegaciones que podía formalizar.

2. RELACIONES CON LOS CIUDADANOS

Dentro de este apartado se recogen aquellas quejas en las que la Administración militar por diferentes motivos y dentro de las muchas actividades que desarrolla ha incidido en ámbitos en los que se ven afectados intereses de personas que no guardan relación directa con las Fuerzas Armadas y que se ven afectadas por esas actividades.

3. PRESIONES MILITARES

La reciente promulgación del Real Decreto 396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, ha venido a cerrar el denominado Plan de Establecimientos Penitenciarios Militares, enmarcado dentro del contexto general de reforma de la jurisdicción militar.

En la actualidad, sólo permanecen abiertos, como prisiones milites, los establecimientos penitenciarios de Alcalá de Henares y de La Isleta (Las Palmas de Gran Canarias), al haber sido clausurado por Resolución 400/17315/92, de 10 de diciembre, del Secretario de Estado de Administración Militar, el establecimiento penitenciario de Cartagena (Murcia).

Con ambas medidas se racionaliza, finalmente, el ámbito de las instituciones Penitenciarias Militares y se da cumplida respuesta al seguimiento efectuado por la institución del Defensor del Pueblo en esta materia, iniciada con la recomendación hecha en el año 1983 y continuada a lo largo de todos estos años con visitas periódicas a todos los centros que permanecían abiertos, de las que se daba cumplida información sobre las condiciones del establecimiento, la situación del personal destinado en estas prisiones y la situación de los internos sus condiciones generales en los sucesivos informes anuales.

En este sentido, cabe resaltar que, de dichos informes, se ha desprendido siempre la necesidad que habla de adecuar los establecimientos penitenciarios militares a unas condiciones de vida mejores, que garanticen en todo caso la dignidad de la persona, habida cuenta de la antigüedad que muchos de ellos tenían y a la infrutilización que había de los mismos.

El Real Decreto que aprueba el reglamento de establecimientos disciplinarios tiene como características fundamentales, por un lado, dar cumplimiento al mandato previsto en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y por otro lado, sin resultar un texto especialmente amplio, haberse inspirado en los principios de la Ley orgánica General Penitenciaria, acomodándolos a la especial estructura de las Fuerzas Armadas, tal y como se señala en el mismo, derogando el texto preconstitucional de 22 de diciembre de 1978.

4. MILITARES PROFESIONALES

4.1. *Escalas a extinguir*

Durante 1992 se ha tramitado la queja 9201522 y 160 más cuyo problema configura por sí misma este apartado. En ella, se abordan las cuestiones que atañen a los miembros del Cuerpo de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos del Ejército del Aire respecto a su carrera profesional dentro de las Fuerzas Armadas y fundamentalmente en relación a su pertenencia a dicho Cuerpo.

En la admisión a trámite ante el Ministerio de Defensa se hace referencia a la integración en el nuevo Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire, dentro de la escala media, frente a su permanencia en su cuerpo de procedencia, a extinguir; la falta de reconocimiento de la titulación exigible de quienes procedentes de la Escala de Especialistas del Ejército del Aire, a extinguir se integran en el nuevo Cuerpo de Especialistas junto a los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos; y, por último, la insuficiencia del rango normativo de las disposiciones que desarrollan el proceso de integración.

Los interesados han puesto de manifiesto que la opción de integración en el nuevo cuerpo del Ejército del Aire, dentro de la nueva escala, resulta condicionada en cuanto sólo de esa forma pueden acceder, al empleo de teniente coronel, mientras que si permanecen en su cuerpo de origen en ningún caso pueden superar el empleo de comandante.

Por otro lado, los comparecientes señalan que la falta de titulación de origen y formación académica, de quienes procedentes de la Escala de Especialistas del Ejército del Aire han venido a integrarse con los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, resulta discriminatoria e incluso contraria al propio espíritu de la Ley 17/89, de 19 de julio, dado que la misma señala en su preámbulo que los criterios que han guiado la elaboración de esta ley han sido los de integrar compatibilizando las singularidades de los ejércitos con las disposiciones legales que regulan la función pública y el sistema educativo en general, desvirtuándose así previsiones legales como la señalada en el Real Decreto 16651199 1, de 25 de octubre, por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea, que exigen una formación mínima de tres años de duración, o, el Real Decreto 56211990, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso en los Centros Docentes Militares de Formación de Acceso a la Condición de Militares de Empleo.

Asimismo, los comparecientes ponen de manifiesto la posible falta de rango normativo en disposiciones como el Real Decreto 1928/9 1, de 20 de diciembre, por el que se Adaptan las Escalas Declaradas a extinguir, al régimen del personal militar establecido en la Ley 17189 y, el Real Decreto 1637/90, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas reglamentarias de integración de escalas de las Fuerzas Armadas, toda vez, que ambos decretos se exceden en mucho de las previsiones que la Ley 17/89 establece en su artículo 1 1.2 al señalar que la creación, extinción, integración o refundición de cuerpos y escalas se efectuará por ley, sin que sirva de habilitación suficiente lo previsto en la disposición adicional séptima de la aludida ley, cuando señala que el régimen de los militares de carrera pertenecientes y las escalas relacionadas en los puntos 2 y 3 de la disposición adicional sexta será el regulado en la presente ley con las adaptaciones que se establezcan reglamentariamente.

Por todo ello, esta institución consideró que había dos cuestiones claves en la totalidad de las quejas sobre la negativa a integrarse en el nuevo Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire: por un lado, la infravaloración de la titulación exigida inicialmente a los miembros del cuerpo a extinguir, y por otro el condicionamiento que conllevaba la integración como escala media si querían obtener el empleo máximo de teniente coronel.

La admisión de estas quejas ante el Ministerio de Defensa se hizo valorando en todo caso el ámbito de discrecionalidad a efectos de la reordena-

ción de efectivos de que está dotada la administración militar y sólo en el sentido de conocer el criterio del departamento sobre los problemas planteados por los miembros del extinto Cuerpo de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos del Ejército del Aire y, en su caso, qué medidas se podían adoptar al objeto de paliar las disfunciones creadas en este grupo de profesionales.

4.2. *Tropa y marinería profesional de las Fuerzas Armadas*

El Real Decreto 984/92, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas ha venido a completar el desarrollo de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en lo relativo al régimen de los militares de empleo, y, en concreto, a la categoría de tropa y marinería profesional que, de forma tan especial, contribuye al mantenimiento de la operatividad y eficacia de las Fuerzas Armadas fundamentalmente en el ámbito de los compromisos internacionales que España tiene contraídos con cuyos profesionales se están desarrollando importantes misiones de paz en todo el mundo.

Asimismo, es importante destacar la Orden 78/92, de 21 de octubre, por la que se delegan en el Director General de Servicio Militar las facultades para la resolución del compromiso de los militares de empleo de la categoría de tropa y marinería, que permitirá, como señala la propia Orden, una mayor agilidad en la resolución de estos compromisos, fundamentalmente en aquellos casos, en que como ha puntualizado esta institución en diversas comparecencias, y en concreto la Legión, las especiales circunstancias que concurren en cada caso hacen necesario analizar en profundidad no sólo las circunstancias excepcionales o sobrevenidas que puedan aducir los interesados solicitando la rescisión de sus compromisos, sino valorar igualmente el grado de voluntariedad con que fueron firmados.

4.3. *Retrasos en el cumplimiento de prestaciones económicas*

En el informe del año pasado se puso de manifiesto a través de la queja 9100553 el problema planteado en tomo a la compensación económica reconocida en la disposición adicional cuarta de la ley 35/80, de 26 de junio, en cuanto dicha compensación no se había hecho efectiva a los posibles beneficiarios, resultando de la intervención de esta institución que,

tanto el Ministerio de defensa como el Ministerio de Economía y Hacienda no encontraban una solución definitiva que permitiese la inclusión en los Presupuestos Generales del estado de las dotaciones correspondientes para hacer frente al pago de estas compensaciones.

Este tema, recogido en otras quejas, ha continuado siendo objeto de seguimiento por esta institución durante 1992, habiendo obtenido de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda la siguiente contestación:

La Dirección general de Presupuestos, teniendo en cuenta la limitación de recursos con la que se ha contado en los últimos ejercicios, siempre ha respetado la distribución del gasto propuesto por cada departamento ministerial, en función de las prioridades que cada uno de ellos ha asignado durante la elaboración de los proyectos de presupuestos.

Por tanto, si el Ministerio de Defensa hubiera considerado prioritario este compromiso podría haberlo atendido en ejercicios precedentes, dedicando para ello los recursos necesarios, dentro de los créditos que, en cada uno de dichos ejercicios, se le han asignado globalmente.

Evidentemente, esta alternativa hubiera conllevado la disminución correspondiente del crédito de otras partidas presupuestarias, posibilidad que no fue contemplada por el Departamento.

En conclusión, este Centro Directivo entiende que es el Ministerio de Defensa quien debe hacer frente al pago de las obligaciones contraídas con los Caballeros Mutilados, utilizando de manera selectiva y priorizada los créditos asignados de manera global al Departamento, una vez estudiado individualmente cada caso a la luz de la normativa aplicable.

A la vista de ello, nos hemos dirigido de nuevo al Ministerio de Defensa al objeto de que informe sobre las previsiones de ese Departamento para hacer frente, con carácter de urgencia, a las compensaciones económicas fijadas en la Ley 35180, de 26 de junio.

4.4. Expedientes disciplinarios

El pasado año se recogió en el informe anual la queja 9027820 en la que se solicitó del Ministerio de Defensa información en relación a un co-

correctivo impuesto a un suboficial quien, a la vez que interpuso el oportuno recurso, había solicitado la suspensión de la sanción durante el tiempo de tramitación del mismo, al amparo de lo determinado en el artículo 54 de la Ley Orgánica 12/85.

No obstante, encontrarse en suspensión la tramitación de este procedimiento como consecuencia de la interposición del recurso contencioso-disciplinario ante el tribunal Militar Central por parte del interesado, esta institución ha vuelto a interesar del Ministerio de Defensa el que se le informe en relación al hecho de no haberse resuelto en el plazo de 5 días que señala el artículo 54 la suspensión de la sanción impuesta.

En la queja 9212897 comparece un subteniente del Cuerpo de Especialistas de la Armada poniendo de manifiesto que por el jefe de su Unidad le fue notificado la imposición de un arresto de catorce días como autor de una falta leve, recurriendo la misma por defectos formales en la notificación, habiéndose decretado la nulidad de la comunicación y la obligatoriedad de realizarse una nueva notificación. Practicada la misma, es recurrida por el interesado, igualmente, por defecto formal declarándose nula y practicándose una tercera notificación que después de ser recurrida finaliza confirmando la imposición del correctivo por el General Subdirector de Reclutamiento.

Esta institución ha admitido a trámite esta queja ya que, independientemente de los motivos que han originado la imposición del correctivo, ha considerado que de las manifestaciones del compareciente parece desprenderse un exceso en el plazo previsto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 12/85, que señala el de dos meses para la prescripción de las faltas leves, contado dicho plazo desde el día en que se hubiese cometido la falta, y que al no especificar, como ocurre con la falta grave, el que dicho plazo se puede interrumpir, parece que transcurrido el mismo, la falta debe quedar sin efecto. Se está a la espera de la oportuna contestación oficial.

En la queja 9214209, comparece un legionario destinado en el Tercio Millán Astray quien expresa que la sala donde se cumplen los arrestos no reúne condiciones sanitarias e higiénicas adecuadas, especificando que éstas instalaciones no disponen de sanitarios.

Se ha admitido a trámite esta queja solicitando del Ministerio de Defensa información sobre las condiciones de habitabilidad que reúne la sala donde se cumplen los arrestos.

En la contestación facilitada por el Ministerio de Defensa se señala que las instalaciones del establecimiento disciplinario se encuentran en buen estado y que son suficientes para el personal recluido.

No obstante se ha requerido al Ministerio de Defensa, como ya se ha señalado en otra queja similar, dentro del apartado de este informe referido al servicio militar, para que concrete qué medidas se han adoptado a fin de subsanar las deficiencias detectadas.

4.5. Enseñanza militar

Consecuencia de la recomendación formulada el pasado año en la queja 9019292 en relación a la necesidad de que se modificase el Real Decreto 562190, de 4 de mayo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso en los centros Docentes Militares de Formación y de Acceso a la Condición de Militar de Empleo en lo relativo a la supresión del requisito previsto en su artículo 14 de no haber sido eliminado en tres convocatorias anteriores como uno de los requisitos para acceso a las academias militares, se ha podido constatar, que en el Real decreto 984/92, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, en su disposición adicional primera tres, se ha suprimido del referido artículo 14 dicho requisito para poder acceder a los centros docentes militares de formación o a la condición de militar de empleo.

4.6. Real y Militar Orden de San Hermenegildo

En la queja 9212197 comparece el Contraamaestre Primero de la Armada en situación de retirado manifestando que solicitó su ingreso en la Asamblea de la Real Orden de San Hermenegildo, pues, al parecer, le corresponde dicho ingreso con arreglo al artículo 11 del reglamento de la Asamblea, dado el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Armadas.

Dado que el compareciente señalaba que desde su última petición no había obtenido una respuesta siendo sus únicas noticias la posible referencia extraoficial al hecho de que le faltasen unos días dentro del cómputo total de años de servicio, exigido para ingresar, el motivo por el que no se le fuera a conceder la Cruz, así como que no se le hubiese aún resuelto su petición, se ha solicitado del Ministerio de Defensa un informe en relación a la petición de ingreso de esa persona en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Asimismo se ha solicitado información sobre qué previsión existe en relación a un posible nuevo reglamento de la Real Orden, toda vez, que

en el año 1983 se formuló una recomendación por esta institución al Ministerio de Defensa contestando este departamento que existía un anteproyecto de real decreto que tenía por finalidad la revisión de las denegaciones de las solicitudes de ingreso en la Orden de personal militar que había permanecido en filas al servicio de la República.

En el informe facilitado por el Ministerio de Defensa se señala que el interesado ha agotado tanto la vía administrativa como judicial en su reclamación.

No obstante, no se hace referencia al estado de tramitación del Real decreto sobre la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, por lo que se ha vuelto a interesar de ese departamento el correspondiente informe al respecto.

4.7. *Viviendas militares*

Las quejas planteadas con relación a la aplicación del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, por el que se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y se suprime el Patronato de Casas Militares han sido sensiblemente inferiores al año pasado y, en todo caso, las cuestiones planteadas han hecho referencia fundamentalmente a la problemática suscitada por quienes ocupando una vivienda militar se encontraban en la situación de reserva transitoria.

No obstante, esta institución ha informado a las personas comparecientes la no admisión a trámite de sus quejas (quejas 9202675 y 9206189), por cuanto de sus escritos se desprendía una disconformidad con la conjunción de la normativa referente a la reserva transitoria y el régimen de las viviendas militares.

En este sentido, se ha informado a estas personas que ambas disposiciones regulan aspectos diferentes que no implican necesariamente el establecimiento de una relación causa-efecto a la hora de concretar sus derechos y deberes como usuario de esas viviendas.

Por otro lado, esta institución ha tenido presente la sentencia dictada por el Tribunal Supremo durante este año que ha venido a confirmar en la mayoría de su contenido al Real Decreto 1751/90 que fue impugnado por quienes de una u otra manera pueden considerarse beneficiarios de las viviendas militares. En este sentido se ha señalado a las personas comparecientes que el Defensor del Pueblo no tiene facultades legales para revisar las resoluciones de los jueces y tribunales, por lo que sólo cabría conocer

de aquellos aspectos en los que formalmente hubiese una actuación no ajustada al propio Real Decreto por parte de la administración militar.

En este sentido, se encuentra la queja 9213055, en la que la persona compareciente señalaba que durante la ejecución del desahucio de la vivienda perteneciente al INVIFAS, éste se llevó a cabo de una forma violenta por representantes del instituto en colaboración con la policía nacional, no permitiéndoseles presenciar el traslado de los muebles ni enseres, ni retirar los útiles imprescindibles y sin que en ese momento se les informase de donde se encontraban sus pertenencias.

En el informe recibido se informa que cuando se iba a proceder al desahucio, el interesado amenazó con quemar la vivienda, por lo que los funcionarios actuantes al percibir un fuerte olor a gas, tuvieron que forcejear con esta persona para impedirle que cumpliera las amenazas, siendo detenido y puesto a disposición judicial.

III. Recursos de Inconstitucionalidad

1. SOLICITUDES DE INTERPOSICIÓN DE RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y régimen Interior, ha decidido no interponer recurso de inconstitucionalidad en los supuestos que a continuación se relacionan, por los fundamentos que en cada resolución se indican.

2.1. *Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio militar.*

Los promoventes estimaban que el artículo 11.2 de la norma infringiría el artículo 14 de la Constitución al eximir a las mujeres del cumplimiento del servicio militar.

Fundamentos de la resolución

El concepto de igualdad en su proyección jurídica actual pone de manifiesto que la evolución sufrida por este principio constitucional, ha pasado de basarse en la regla del tratamiento igualitario a fundamentarse en la del tratamiento diferenciado.

La igualdad es ante todo un límite a la actuación de los poderes públicos y un mecanismo de razón frente a la arbitrariedad del poder.

Con ello se busca el que la actuación de estos poderes, que diferencia entre individuos o grupos se haga sin una actuación arbitraria.

La igualdad en las diferentes acepciones que integran nuestro texto constitucional denotan la existencia de una aplicación de este principio diversa según la cuestión sobre la que verse. Así existe la igualdad como valor en el artículo 1.1., la igualdad en la ley y ante la ley, según los artículos 14 y 9.3 y la igualdad promocional según el artículo 9.2, todos ellos de nuestra Constitución.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 49/82 el artículo 14, *al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establecer un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.*

El artículo 14 de la Constitución impide efectivamente la discriminación, pero no el que determinadas actuaciones de los poderes del Estado distinga a los ciudadanos en cuanto a las actividades que éstos puedan o deban en momentos determinados desarrollar, máxime si como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 216/91 *el trato diferenciador lo ha establecido el legislador con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo conjuicios de valor generalmente admitidos.*

Por tanto discriminación y diferenciación no deben nunca confundirse. Mientras que la primera conduce a la arbitrariedad la segunda profundiza y sirve de apoyo al propio principio de la igualdad jurídica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 26/87, entre otras, ha señalado que *no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes.*

Tales elementos han llevado a configurar como imprescindible el hecho de que la alegación de una violación del principio de igualdad debe de estar basada en la aportación de lo que se denomina un *tertium comparationis*.

El artículo 30 de la Constitución señala que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España, siendo la ley la que fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, además de la objeción de conciencia, otras causas de exención del servicio militar obligatorio.

Este principio, pues, pone de manifiesto que todos los españoles, es decir, hombres y mujeres, tienen el derecho y el deber de defender a España.

Ahora bien, la Constitución no determina, ni fija en qué forma ha de plasmarse dicho derecho y deber, remitiendolo a lo que disponga el legislador ordinario, en cuanto a la determinación de las obligaciones militares de los españoles.

El propio artículo 30 señala a estos efectos como pautas el cumplimiento estricto del silencio militar, los servicios civiles y la colaboración para hacer frente a las graves situaciones de catástrofe y calamidad.

Es precisamente la configuración de estas diversas formas de practicar la defensa de España las que han dado lugar a acuñar el concepto de Defensa Nacional, recogido en la Ley Orgánica 6/80, de 1 de junio, modificada por la Ley Orgánica 1/84, de 5 de enero, cuando en su artículo 2 señala como Defensa Nacional *la disposición, integración y uso coordinado de todas las fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en tal fin.*

Ahora bien, es evidente que el cumplimiento del servicio militar constituye, dentro del núcleo de formas de participación en la defensa de España que señala el artículo 30 de la Constitución, una de las formas directas de participación en esta defensa.

Pero, insistimos, el constituyente no ha prefijado en ninguna manera el modo o la forma en que esas obligaciones militares han de prestarse.

Simplemente indica en el artículo 30 de la Constitución, como una de las posibles formas, el denominado servicio militar obligatorio, basándose en la tradicional forma de recluta universal, pero sin excluir otras de participación en la defensa de España.

El constituyente en esa línea de no prefijar el marco último de las obligaciones militares y conceder al legislador un amplio margen de confianza para el desarrollo posterior de ese marco, se limita a señalar que el servicio militar obligatorio contará, además de la obligación de conciencia, con aquellas otras causas de exención que se fijen por ley.

Tradicionalmente la mujer se ha visto exenta de incorporarse activamente al concepto de defensa nacional hasta su incorporación al núcleo institucional que sirve de apoyo a las obligaciones militares, las Fuerzas Armadas.

Estas, constituidas no sólo por quienes con una relación de servicios profesionales permanecen desarrollando habitualmente sus funciones, sino integradas también por tropa de reemplazo y soldados profesionales han incorporado recientemente a la mujer.

Así el Real Decreto 1/88, de 22 de febrero, con el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas y la Ley 17/89, de 19 de

julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional han regulado, el que sin discriminación pero diferenciadamente, hombres y mujeres participen en las tareas de la Defensa Nacional, dentro del ámbito de las obligaciones militares, adecuando tal participación a las propias necesidades de las Fuerzas Armadas, lo que se refleja entre otros extremos en la concesión de destinos, pero sin que ello implique una injustificable diferenciación.

Un hecho, el de la incorporación de la mujer a las fuerzas Armadas que el propio Tribunal Constitucional en su reciente sentencia 216/91, de 14 de noviembre ha impulsado basándose en la combinación permanente de los artículos 9.2 y 14 de nuestra Constitución al señalar que no puede reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que los poderes públicos emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

Como ya hemos puesto de manifiesto el artículo 30 de la Constitución concede al legislador la facultad de señalar las causas de exención del servicio militar obligatorio a través de la ley.

No cabe, por tanto, duda de que esa remisión a la ley garantiza al legislador la potestad suficiente para diseñar el modo y la forma en que los españoles, y por ende las mujeres, han de participar en las tareas de la Defensa Nacional.

La Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, establece en su artículo 36 que *el servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que establezca. La ley establecerá la forma de participación de la mujer en la defensa nacional.*

Con arreglo a ello el legislador ha considerado que el derecho y deber de todos los españoles de defender a España se concreta, en lo que a mujer se refiere, regulando la incorporación de ésta a los cuadros de mando profesionales y a la clase de tropa y marinería profesional, así como de forma generalizada e indubitable en los casos de gran riesgo, catástrofe o calamidad pública, entre otros supuestos de movilización nacional que habrán de regularse por ley.

Este motivo y no otro ha llevado al legislador, haciendo uso de la habilitación constitucional ya señalada, a determinar, en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre del Servicio Militar, como causa de exención de ese servicio la condición de mujer.

Con ello el legislador no ha discriminado, sino que ha integrado a los dos grupos, hombres y mujeres, en el amplio concepto de la Defensa Nacional, asignándole a cada uno tareas diferenciadas coincidentes en su vértice con la obligación de todos los españoles de defender a España.

**ESTADO DE ACEPTACIÓN DE LOS
CONVENIOS HUMANITARIOS**
Datos actualizados a 23 de marzo de 1995*

1. Honduras: ratificación de los Protocolos I y II, el 16.02.95.
2. República Eslovaca: declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I, el 13.03.95.
3. Cabo Verde: adhesión a los Protocolos I y II, el 16.03.95; declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I, el 16.03.95.
4. Número de estados partes:
Convenios: 185
Protocolo I: 137
Protocolo II: 127
Declaraciones de conformidad con el artículo 90: 44.

**CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949
Y PROTOCOLOS ADICIONALES DEL 8 DE JUNIO DE 1977**
RATIFICACIONES, ADHESIONES Y SUCESIONES
SITUACIÓN EN 31 DE DICIEMBRE 1994

1. ABREVIATURAS Y NOTAS

R/A/S = *Ratificación*: un tratado está generalmente abierto para la firma durante cierto tiempo, después de la conferencia en que se aprueba. Sin embargo, la firma sólo obliga a un Estado tras la ratificación. Finalizados los plazos respectivos, los Convenios y los Protocolos ya no están

* Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

abiertos para la firma. Los Estados no signatarios pueden siempre llegar a ser Partes por vía de adhesión o, en su caso, de sucesión.

Adhesión: en vez de firmar y ratificar ulteriormente, un Estado puede obligarse por un acto único llamado adhesión.

Sucesión (declaración de): un nuevo Estado independiente puede declarar que seguirá estando obligado por los tratados que le eran aplicables antes de la independencia. Puede también hacer una declaración de aplicación de los tratados (dapt), por la que se compromete a continuar aplicando dichos tratados durante el tiempo que considere necesario para examinar detalladamente sus textos y decidir a cuáles de ellos adherirse o suceder. Actualmente, esta declaración no concierne a ningún Estado.

R/D = *Reserva/Declaración:* declaración unilateral, sea cual fuere su texto o su designación, hecha por un Estado en el momento de ratificar, adherirse o suceder a un tratado, para que se excluya o se modifique el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (siempre que tales reservas no sean incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado).

D90 = *Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I* (Aceptación previa de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta).

2. FECHAS

Las fechas indicadas son las del día de recepción, por el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores, del acta oficial transmitida por el Estado que ratifica, se adhiere, sucede o hace la declaración según el artículo 90 del Protocolo I. No se trata, pues, ni de la fecha de aprobación del acta oficial relativa a la ratificación, adhesión, sucesión o declaración, ni de la fecha del eventual envío.

N.B.: *Las fechas consignadas con respecto a la sucesión a los Convenios de CONGO, JAMAICA, MADAGASCAR, MAURITANIA, NIGER, NIGERIA, RUANDA, SENEGAL, SIERRA LEONA Y ZAIRE, eran las de aprobación del acta oficial pertinente. Se reemplazaron por las fechas de recepción de esas actas por el Depositario.*

3. ENTRADA EN VIGOR

Salvo las excepciones que figuran en una nota al pie del cuadro, los Convenios y los Protocolos entran en vigor para cada Estado seis meses

después de la fecha en el presente documento; para los Estados que hagan una declaración de sucesión, entran en vigor retroactivamente el día de proclamación de sucesión, entran en vigor retroactivamente el día de proclamación de la independencia.

Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

Los Protocolos adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

4. NOMBRES DE LOS PAÍSES

Los nombres de los países que figuran en la lista siguiente pueden, a veces, diferenciarse de la denominación oficial de los Estados.

5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DESDE EL 31.12.93

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional I

San Marino:	05.04.1994
Etiopía:	08.04.1994
Lesoto:	20.05.1994
República dominicana:	26.05.1994
Namibia:	17.06.1994

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional II

San Marino:	05.04.1994
Etiopía:	08.04.1994
Lesoto:	20.05.1994
República dominicana:	26.05.1994
Namibia:	17.06.1994

Declaración del artículo 90

Rwanda:	08.07.1993 (notificación: 17.01.95)
Bulgaria	09.05.1994
Portugal:	01.07.1994
Namibia:	21.07.1994

6. RATIFICACIONES, ADHESIONES Y SUCESIONES

PAISES	CONVENIOS DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II		
	R / A / S	R/D	R / A / S	R/D	D90	R / A / S	R/D	
Afganistán	26.09.1956	R						
Albania	27.05.1957	R X	16.07.1993	A		16.07.1993	A	
Alemania	03.09.1954	A X	14.02.1991	R X	14.02.1991	14.02.1991	R X	
Andorra	17.09.1993	A						
Angola	20.09.1984	A X	20.09.1984	A X				
Antigua y Barbuda	06.10.1986	S	06.10.1986	A		06.10.1986	A	
Arabia Saudita	18.05.1963	A	21.08.1987	A X				
Argelia	20.06.1960	A	16.08.1989	A X	16.08.1989	16.08.1989	A	
Argentina	18.09.1956	R	26.11.1986	A X		26.11.1986	A X	
Armenia	07.06.1993	A	07.06.1993	A		07.06.1993	A	
Australia	14.10.1958	R X	21.06.1991	R X	23.09.1992	21.06.1991	R	
Austria	27.08.1953	R	13.08.1982	R X	13.08.1982	13.08.1982	R X	
Azerbaiyán	01.06.1993	A						
Bahamas	11.07.1975	S	10.04.1980	A		10.04.1980	A	
Bahrein	30.11.1971	A	30.10.1986	A		30.10.1986	A	
Bangladesh	04.04.1972	S X	08.09.1980	A		08.09.1980	A	
Barbados	10.09.1968	S X	19.02.1990	A		19.02.1990	A	
Belarús	03.08.1954	R X	23.10.1090	R	23.10.1989	23.10.1989	R	
Bélgica	03.09.1952	R	20.05.1986	R X	27.03.1987	20.05.1986	R	
Belice	29.06.1984	A	29.06.1984	A		28.06.1984	A	
Benin	14.12.1961	S	28.05.1986	A		28.05.1986	A	
Bhután	10.01.1991	A						
Bolivia	10.12.1976	R	08.12.1983	A	10.08.1992	08.12.1983	A	
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	S	31.12.1992	S	31.12.1992	31.12.1992	S	
Botswana	29.03.1968	A	23.05.1979	A		23.05.1979	A	
Brasil	29.06.1957	R	05.05.1992	A	23.11.1993	05.05.1992	A	
Brunei Darussalam	14.10.1991	A	14.10.1991	A		14.10.1991	A	
Bulgaria	22.07.1954	R	26.09.1989	R	09.05.1994	26.09.1989	R	
Burkina Faso	07.11.1961	S	20.10.1987	R		20.10.1987	R	
Burundi	27.12.1971	S	10.06.1993	A		10.06.1993	A	
Cabo Verde	11.05.1984	A						
Camboya	08.12.1958	A						
Camerún	16.09.1963	S	16.03.1984	A		16.03.1984	A	
Canadá	14.05.1965	R	20.11.1990	4 X	20.11.1990	20.11.1990	R X	
Chad	05.08.1970	A						
Chile	12.10.1950	R	24.04.1991	R	24.04.1991	24.04.1991	R	
China	28.12.1956	R X	14.09.1983	A X		14.09.1983	A	
Chipre	23.05.1962	A	01.06.1979	R				
Colombia	08.11.1961	R	01.09.1993	A				
Comoras	21.11.1985	A	21.11.1985	A		21.11.1985	A	
Congo	04.02.1967	S	10.11.1983	A		10.11.1983	A	
Corea (Rep.Pop.Dem.)	27.08.1957	A X	19.03.1988	A				
Corea (República de)	16.08.1966(1)	A X	15.01.1982	R X		15.01.1982	R	
Costa Rica	15.10.1969	A	15.12.1983	A		15.12.1983	A	

PAISES	CONVENIOS DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II	
	R / A / S	R/D	R / A / S	R/D	D90	R / A / S	R/D
Côte d'Ivoire	28.12.1961	S	20.09.1989	R		20.09.1989	R
Croacia	11.05.1992	S	11.05.1992	S	11.05.1992	11.05.1992	S
Cuba	15.04.1954	R	25.11.1982	A			
Dinamarca	27.06.1951	R	17.06.1982	R X	17.06.1982	17.06.1982	R
Djibouti	06.03.1978(2)	S	08.04.1991	A		08.04.1991	A
Dominica	28.09.1981	S					
Ecuador	11.08.1954	R	10.04.1979	R		10.04.1979	R
Egipto	10.11.1952	R	09.10.1992	R X		09.10.1992	R X
El Salvador	17.06.1953	R	23.11.1978	R		23.11.1978	R
Emiratos Arabes Unidos	10.05.1972	A	09.03.1983	A X	06.03.1992	09.03.1983	A X
Eslovenia	26.03.1992	S	26.03.1992	S	26.03.1992	26.03.1992	S
España	04.08.1952	R	21.04.1989	R X	21.04.1989	21.04.1989	R
EE.UU.	02.08.1955	R X					
Estonia	18.01.1993	A	18.01.1993	A		18.01.1993	A
Etiopia	02.10.1969	R	08.04.1994	A		08.04.1994	A
Ex-Rep. Yug. Macedonia	01.09.1993	S	01.09.1993	S	01.09.1993	01.09.1993	S
Fiji	09.08.1971	S					
Filipinas	06.10.1952(3)	R				11.12.1986	A
Francia	28.06.1951	R				24.02.1984(4)	A X
Gabon	26.02.1965	S	08.04.1980	A		08.04.1980	A
Gambia	20.10.1966	S	12.01.1989	A		12.01.1989	A
Georgia	14.09.1993	A	14.09.1993	A		14.09.1993	A
Ghana	02.08.1958	A	28.02.1978(5)	R		28.02.1978(6)	R
Granada	13.04.1981	S					
Grecia	05.06.1956	R	31.03.1989	R		15.02.1993	A
Guatemala	14.05.1952	R	19.10.1987	R		19.10.1987	R
Guinea	11.07.1984	A	11.07.1984	A	20.12.1993	11.07.1984	A
Guinea ecuatorial	24.07.1986	A	24.07.1986	A		24.07.1986	A
Guinea-Bissau	21.02.1974	A X	21.10.1986	A		21.10.1986	A
Guyana	22.07.1968	S	18.01.1988	A		18.01.1988	A
Haiti	11.04.1957	A					
Honduras	31.12.1965	A					
Hungría	03.08.1954	R X	12.04.1989	R	23.09.1991	12.04.1989	R
India	09.11.1950	R					
Indonesia	30.09.1958	A					
Irán	20.02.1957	R X					
Iraq	14.02.1956	A					
Irlanda	27.09.1962	R					
Islandia	10.08.1965	A	10.04.1987	R X	10.04.1987	10.04.1987	R
Israel	06.07.1951	R X					
Italia	18.12.1951	R	27.02.1986	R X	27.02.1986	27.02.1986	R
Jamahiriyá Árabe Libia	22.05.1956	A	07.06.1978	A		07.06.1978	A
Jamaica	20.07.1964	S	29.07.1986	A		29.07.1986	A
Japón	21.04.1963	A					
Jordania	29.05.1951	A	01.05.1979	R		01.05.1979	R
Kazajistán	05.05.1992	S	05.05.1992	S		05.05.1992	S



PAISES	CONVENIOS DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II	
	R / A / S	R/D	R / A / S	R/D	D90	R / A / S	R/D
Kenya	20.09.1966	A					
Kirguistán	18.09.1992	S	18.09.1992	S		18.09.1992	S
Kiribati	05.01.1989	S					
Kuwait	02.09.1967	A X	17.01.1985	A		17.01.1985	A
Lao (Rep.Dem.Pop.)	29.10.1956	A	18.11.1980	R		18.11.1980	R
Lesoto	20.05.1968	S	20.05.1994	A		20.05.1994	A
Lettonie	24.12.1991	A	24.12.1991	A		24.12.1991	A
Líbano	10.04.1951	R					
Liberia	29.03.1954	A	30.06.1988	A		30.06.1988	A
Liechtenstein	21.09.1950	R	10.08.1989	R X	10.08.1989	10.08.1989	R X
Luxemburgo	01.07.1953	R	29.08.1989	R	12.05.1993	29.08.1989	R
Madagascar	13.07.1963	S	08.05.1992	R	27.07.1993	08.05.1992	R
Malasia	24.08.1962	A					
Malawi	05.01.1968	A	07.10.1991	A		07.10.1991	A
Maldivas	18.06.1991	A	03.10.1991	A		03.10.1991	A
Mali	24.05.1965	A	08.02.1989	A		08.02.1989	A
Malta	22.08.1968	S	17.04.1989	A X	17.04.1989	18.04.1989	A X
Marruecos	26.07.1956	A					
Mauricio	18.08.1970	S	22.03.1982	A		22.03.1982	A
Mauritani	30.10.1962	S	14.03.1980	A		14.03.1980	A
México	29.10.1952	R	10.03.1983	A			
Moldova	24.05.1993	A	24.05.1993	A		24.05.1993	A
Mónaco	05.07.1950	R					
Mongolia	20.12.1958	A					
Mozambique	14.03.1983	A	14.03.1983	A			
Myanmar	25.08.1992	A					
Namibia	22.08.1991(7)	S	17.06.1994	A	21.07.1994	18.06.1994	A
Nepal	07.02.1964	A					
Nicaragua	17.12.1953	R					
Niger	21.04.1965	S	08.06.1979	R		08.06.1979	R
Nigeria	09.06.1961	S	10.10.1988	A		10.10.1988	A
Noruega	03.08.1951	R	14.12.1981	R	14.12.1981	14.12.1981	R
Nueva Zelanda	02.05.1959	R X	08.02.1988	R X	08.02.1988	08.02.1988	R
Omán	31.01.1974	A	29.03.1984	A X		29.03.1984	A X
Países Bajos	03.08.1954	R	26.06.1987	R X	26.06.1987	26.06.1987	R
Pakistán	12.06.1951	R X					
Panamá	10.02.1956	A					
Papua Nueva Guinea	26.05.1986	S					
Paraguay	23.10.1961	R	30.11.1990	A		30.11.1990	A
Perú	15.02.1956	R	14.07.1989	R		14.07.1989	R
Polonia	26.11.1954	R X	23.10.1991	R	02.10.1992	23.10.1991	R
Portugal	14.03.1961	R X	27.05.1992	R	01.07.1994	27.05.1992	R
Qatar	15.10.1975	A	05.04.1988	A X	24.09.1991		
Reino Unido	23.09.1957	R X					
República centroafricana	01.08.1966	S	17.07.1984	A		17.07.1984	A
República Checa	05.02.1993	S X	05.02.1993	S		05.02.1993	S

PAISES	CONVENIOS DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II	
	R / A / S	R/D	R / A / S	R/D	D90	R / A / S	R/D
República dominicana	22.01.1958	A	26.05.1994	A		26.05.1994	A
República Eslovaca	02.04.1993	S X	02.04.1993	S		02.04.1993	S
Rumania	01.06.1954	R X	29.09.1989	R X	29.09.1989	29.09.1989	R X
Rwanda	05.05.1964	S	19.11.1984	A	08.07.1993	19.11.1984	A
Saint Kitts y Nevis	14.02.1986	S	14.02.1986	A		14.02.1986	A
Salomón (Islas)	06.07.1981	S	19.09.1988	A		19.09.1988	A
Samoa	23.08.1953	A	23.04.1984	A		23.08.1984	A
San Marino	29.08.1953	A	05.04.1994	R		05.04.1994	R
San Vicente Granadinas	01.04.1981	A	08.04.1983	A		08.04.1983	A
Santa Lucía	18.09.1981	S	07.10.1982	A		07.10.1982	A
Santa Sede	22.02.1951	R	21.11.1095	R X		21.11.1985	R X
Santo Tomé y Príncipe	21.05.1976	A					
Senegal	18.05.1963	S	07.05.1985	R		07.05.1985	R
Seychelles	08.11.1984	A	08.11.1984	A	22.05.1992	08.11.1984	A
Sierra Leona	10.06.1965	S	21.10.1986	A		21.10.1986	A
Singapur	27.04.1973	A					
Siria (Rep. árabe)	02.11.1953	R	14.11.1983	A X			
Somalia	12.07.1962	A					
Sri Lanka	28.02.1959(8)	R					
Sudáfrica	31.03.1952	A					
Sudán	23.09.1957						
Suecia	28.12.1953	R	31.08.1979	R X	31.08.1979	31.08.1979	R
Suiza	31.03.1950(9)	R	17.02.1982	R X	17.02.1982	17.02.1982	R
Suriname	13.10.1976	S X	16.12.1985	A		16.12.1985	A
Swazilandia	28.06.1973	A					
Tailandia	29.12.1954	A					
Tanzania (Rep.Unida)	12.12.1962	S	15.02.1983	A		15.02.1983	A
Tayikistán	13.01.1993	S	13.01.1993	S		13.01.1993	S
Togo	06.01.1962	S	21.06.1984	R	21.11.1991	21.06.1984	R
Tonga	13.04.1978	S					
Trinidad y Tobago	24.09.1963(10)	A					
Túnez	04.05.1957	A	09.08.1979	R		09.08.1979	R
Turkmenistán	10.04.1992	S	10.04.1992	S		10.04.1992	S
Turquia	10.02.1954	R					
Tuvalu	19.02.1981	S					
Ucrania	03.08.1954	R X	25.01.1990	R	25.01.1990	25.01.1990	R
Uganda	18.05.1964	A	13.03.1991	A		13.03.1991	A
Uruguay	05.03.1969	R X	13.12.1985	A	17.07.1990	13.12.1985	A
Uzbekistán	08.10.1993	A	08.10.1993	A		08.10.1993	A
Vanuatu	27.10.1982	A	28.02.1985	A		28.02.1985	A
Venezuela	13.02.1956	R					
Viet Nam	28.06.1957	A X	19.10.1981	R			
Yemen	16.07.1970	A X	17.04.1990	R		17.04.1990	
Yugoslavia	21.04.1950	R X	11.06.1979	R X		11.06.1979	R
Zaire	24.02.1961	S	03.06.1982	A			
Zambia	19.10.1966	A					
Zimbabwe	07.03.1983	A	19.10.1992	A		19.10.1992	A

- (1) Entró en vigor el 23.09.66, ya que la República de Corea invocó el artículo común 62/61/141/157 (efecto inmediato)
- (2) Salvo el I Convenio (26.01.78).
- (3) Excepto el Convenio I ratificado el 07.03.51.
- (4) Cuando Francia se adhirió al Protocolo II, hizo una comunicación relativa al Protocolo I.
- (5) Entrada en vigor el 07.12.78.
- (6) Entrada en vigor el 07.12.78.
- (7) El Consejo de las Naciones Unidas para Namibia depositó, el 18.10.83, un instrumento de adhesión a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. Mediante un instrumento depositado el 22.08.91, Namibia declara suceder a los Convenios de Ginebra, que le eran aplicables por la adhesión, el 31.03.52 de Sudáfrica a dichos Convenios.
- (8) Salvo el IV Convenio (adhesión el 23.02.59; Sri Lanka sólo había firmado los Convenios I, II y III).
- (9) Entrada en vigor el 21.10.50.
- (10) Salvo el I Convenio (17.05.63).

Palestina

Con fecha del 21.06.89, el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores recibió una carta del Observador permanente de Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra informando al Consejo Federal suizo de "que el Comité Ejecutivo de la Organización para la Liberación de Palestina, encargado de ejercer las funciones de Gobierno del Estado de Palestina, decidió adherirse, el 04.05.89, a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales".

El 13.09.89, el Consejo Federal suizo comunicó a los Estados que no puede decidir la cuestión de saber si se trata de un instrumento de adhesión, "debido a la incertidumbre, en el seno de la comunidad internacional sobre la existencia, o no, de un Estado de Palestina".

Lituania

Estado Parte en los Convenios de Ginebra de 1929 (heridos y enfermos, prisioneros de guerra).

7. TOTALES

Número de Estados partes a los Convenios de Ginebra de 1949:	185
Número de Estados partes al Protocolo I:	135
Número de Estados que han hecho la declaración del artículo 90:	42
Número de Estados partes al Protocolo II:	125
Número de Estados miembros de las Naciones Unidas:	185

Estados miembros de la ONU o partes en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia que no son partes en los Convenios de Ginebra de 1949: ERITREA, LITUANIA, MARSHALL, MICRONESIA, NAURU, PALAU.

8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

1	Suecia:	31.08.1979
2	Finlandia:	07.08.1980
3	Noruega:	14.12.1981
4	Suiza:	17.02.1982
5	Dinamarca:	17.06.1982
6	Austria:	13.08.1982
7	Italia:	27.02.1986
8	Bélgica:	27.03.1987
9	Islandia:	10.04.1987
10	Países Bajos:	26.06.1987
11	Nueva Zelanda:	08.02.1988
12	Malta:	18.04.1989
13	España:	21.04.1989
14	Liechtenstein:	10.08.1989
15	Argelia:	16.08.1989
16	Rusia (Fed. de):	29.09.1989
17	Belarús:	23.10.1989
18	Ucrania:	25.01.1990
19	Uruguay:	17.07.1990
20	Canadá:	20.11.1990
21	Alemania:	14.02.1991
22	Chile:	24.04.1991
23	Hungría:	23.09.1991
24	Qatar:	24.09.1991
25	Togo:	21.11.1991
26	Emiratos Arabes Unidos:	06.03.1992
27	Eslovenia:	26.03.1992
28	Croacia:	11.05.1992
29	Seychelles:	22.05.1992
30	Bolivia:	10.08.1992
31	Australia:	23.09.1992
32	Polonia:	02.10.1992
33	Bosnia-Herzegovina:	31.12.1992
34	Luxemburgo:	12.05.1993
35	Rwanda:	08.07.1993
36	Madagascar:	27.07.1993

37	Ex-Rep. Yug. de Macedonia:	01.09.1993
38	Brasil:	23.11.1993
39	Guinea:	20.12.1993
40	Bulgaria:	09.05.1994
41	Portugal:	01.07.1994
42	Namibia:	21.07.1994

III. BIBLIOGRAFIA

1. RECENSION DE LIBROS

RUIZ MANTECA, Rafael, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier y HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio-Rafael: *Introducción al Derecho y Derecho Constitucional*. Madrid, Trotta, 1994. 302 págs.

Es un excelente libro de texto —y consulta— no sólo para los alumnos, a quienes va dedicado por los autores, de las Academias Militares, sino también para los de cualquier Escuela Militar, de perfeccionamiento.

La revolución efectuada en la enseñanza militar, en fechas no lejanas, con una fuerte potenciación del área humanística en los Planes de Estudio, hacen aparecer una nueva asignatura, titulada “Introducción al Derecho y Derecho Constitucional”, y este libro es superior a una adecuada respuesta a las exigencias docentes; rebasa con mucho lo necesario para aprobar la asignatura.

El objetivo —en palabras de los autores— de “proporcionar (al militar) una formación básica de corte jurídico que posibilite al alumno el estudio del ordenamiento jurídico ... y de la realidad constitucional española”, es sobresalientemente logrado.

Tres años ya de experiencia docente inmediata (Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos y Presidente de los Tribunales de oposición para el ingreso en la misma) me han llevado a un examen minucioso del libro con una doble perspectiva: su similitud con el programa de oposiciones del Cuerpo Jurídico Militar (primera prueba); y en relación con su utilidad no solamente técnico-formativa, sino práctica en el futuro desempeño de las funciones militares de los alumnos, tras acceder a los empleos de Sargento, Alférez o Teniente.

En el aspecto primero, no es, porque no lo ha pretendido, ser una respuesta al programa de oposiciones, pero el libro no deja de ser útil a tal fin como complementario.

En la segunda perspectiva, los autores pueden considerarse satisfechos porque su esfuerzo ha tenido ya la recompensa de ser editado. Quienes nos dedicamos a la enseñanza militar no podemos silenciar el agradecimiento a Editorial Trotta, que no es ajena a los temas jurídico militares.

Para todo militar —como funcionario, y más aún como detentador de la fuerza armada— es esencial el sometimiento a la Ley, a lo que ayuda

considerablemente el conocimiento del ordenamiento jurídico y, particularmente de la Constitución.

Es imprescindible el libro para adquirir la mínima mentalización jurídica para que la recta conciencia del futuro suboficial, u oficial, se plasme en su actuación cotidiana de modo correcto y adecuado a las normas legales. En el primer destino del ya ex-alumno le será de suma utilidad para ser justo en sus decisiones y al dar órdenes referentes al servicio y hasta para ser ... “graciable en lo que pueda”. Es evidente que las enseñanzas de esta obra serán inestimables cuando, a su pesar, tengan que aplicar la Ley Disciplinaria Militar... con conocimiento de los hechos y prueba de los mismos, criterios de proporcionabilidad, y no sólo ejemplaridad; con justicia y equidad; con olvido de reacciones espontáneas ... observancia de la meditación y aplicación de la Ley, en conciencia y con observancia de los derechos fundamentales y libertades públicas.

La segunda recompensa de los autores será el agradecimiento de sus alumnos, que será inexorable por la calidad de las enseñanzas que contiene el libro, tal vez no en época de exámenes, pero sí cuando —siendo ya compañeros nuestros— precisen de tales conocimientos en el cotidiano ejercicio de sus funciones, en el día a día de su actividad militar en la Unidad de su destino.

Es encomiable la fructífera colaboración de Profesores de diversas Academias Militares —Aire y Tierra— que debería intensificarse y ampliarse.

Los autores, además de profesores militares, respaldan su cualificación con su intervención en la enseñanza universitaria.

En 294 páginas, el libro cumple la finalidad pretendida por sus autores, acoplarse a la asignatura a través de la estructura en tres partes que responden al Plan de Estudios.

La primera: *Introducción al Derecho*, comprensiva de parte de la Teoría General del Derecho en las Facultades de Derecho de toda España, y cimentación sólida de toda formación jurídica, es desarrollada por Ruiz Manteca, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Academia General del Aire, sintetizando —con acierto y claridad conceptual para el no conocedor del Derecho, ni llamado a estudiarlo en profundidad—, conceptos tan arduos como qué es Derecho; el derecho organización y el derecho orden; el valor intrínseco de la Justicia; qué es el ordenamiento jurídico; las fuentes del derecho y la jerarquía normativa; la norma jurídica y su interpretación, con la prevalencia de los principios, y texto íntegro, de la Constitución; criterios de interpretación de las normas, etc.

La segunda parte del libro se dedica al *Derecho Político*, responsabilizándose de su redacción y contenido el *Departamento de Derecho*, de la Academia General del Aire —Ruiz Manteca, Hernández Olivencia y...—, con conceptos básicos del Estado, su estructura y soberanía, sus funciones —precisando los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)—, las formas de Estado y forma de Gobierno; la participación política y la teoría de la Constitución, claro, sucinto y preciso.

La tercera parte —*Derecho Constitucional Español*— reviste aún mayor importancia en sus dos partes: dogmática y orgánica.

El proceso constituyente y la Constitución dogmática, desarrollado en cinco capítulos por *Hernández Olivencia* —inquieto estudioso del Derecho Militar y doctorando del mismo— es sumamente acertado en el nivel de desarrollo, para sus alumnos, del proceso constituyente, los principios constitucionales y los derechos y deberes fundamentales, y sus garantías. Especial consideración merece el capítulo dedicado a la “posición constitucional de las FAS”, en el que sucintamente, pero de forma precisa, sin cita de la doctrina pero apoyándose en la tramitación parlamentaria, desarrolla —desde una posición ortodoxa— su naturaleza, composición y funciones; las peculiaridades de la Jurisdicción Militar y el Régimen Disciplinario; las limitaciones a los derechos de petición, sindicación, negociación colectiva, reunión y manifestación; libertades de expresión, etc.

La Constitución Orgánica —La Corona, las Cortes Generales, el Poder Ejecutivo, la Constitución económica, el Poder Judicial, la organización territorial, el papel del Tribunal Constitucional y los mecanismos de reforma constitucional— es el fruto de una pluma brillante y experta: *Javier Fernández López*, Licenciado en Derecho y Comandante del Ejército, Profesor de la Academia General Militar durante años, excepcional contacto Ejército-Universidad (Cátedra Cervantes), y, hoy, por vicisitudes del destino militar en reserva transitoria, y firme en su idea de acercar la Universidad y el Ejército, entonces desde éste y ahora desde aquella, en la que es Profesor de Derecho Constitucional.

Sus ocho capítulos son tratados con un difícil equilibrio entre riguroso y claridad expositiva: vgr: el papel de S.M. el Rey en relación con las Fuerzas Armadas, Administración civil y militar, y Jurisdicción Militar. Los alumnos querrian profundizar más en las cuestiones suscitadas.

Concluye la obra con un ilustrado organigrama de la Jurisdicción Militar.

En conclusión, el libro es para la enseñanza de formación excelente, y para cualquier militar bueno y útil; felicito a los autores por haber logrado el nivel acertado y adecuado para sus alumnos no juristas. En la confianza en una segunda edición, al menos, exhorto a los autores a prodigarse en citas a pie de página —puede motivar al alumno a profundizar sobre un tema concreto— y a completar la Bibliografía con trabajos monográficos publicados, sobre temas específicos, en Revistas, y no sólo en esta REDEM.

Luis. B. Alvarez Roldán

Derecho penal y procesal militar. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993. 948 págs.

En el marco de los Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, correspondientes a 1993, se publican los trabajos correspondientes a las Segundas Jornadas de Derecho Militar.

El contenido de los mismos se estructura en las siguientes ponencias y comunicaciones:

PONENCIAS:

Limitaciones de las libertades de asociación y sindicación de la Guardia Civil. Antonio Morales Villanueva. Coronel de la Guardia Civil. Doctor en Derecho.

La reforma de las infracciones contra el deber de presencia: los delitos de deserción y ausencia arbitraria. Antonio Millán Garrido, Comandante Auditor. Catedrático.

El Derecho Penitenciario Militar. Fernando Pérez Esteban. General Consejero Togado, actualmente Magistrado del Tribunal Supremo.

Valoración jurídico militar de la embriaguez y drogodependencia. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. General Auditor. Doctor en Derecho.

Ministerio Fiscal Jurídico Militar y principio acusatorio. Francisco Blay Villasante. General Consejero Togado.

Las diligencias preparatorias en la Ley Procesal Militar. José L. Bermúdez de la Fuente. Magistrado del Tribunal Supremo.

El sobreseimiento en el proceso penal militar. Francisco Mayor Bordes. Magistrado del Tribunal Supremo.

El Recurso de Casación en el proceso militar. José Francisco de Querol y Lombardero. Magistrado del Tribunal Supremo.

El objeto del Recurso Contencioso-disciplinario militar. Eugenio Sánchez Guzmán. General Consejero Togado. Presidente del Tribunal Militar Central.

COMUNICACIONES:

La Deserción: de delito forma a delito intencional. Consideración práctica actual. Salvador Calderón Madrigal. Teniente Coronel Auditor.

El sujeto activo en los delitos contra el deber de presencia. José Luis Maíz Barrera. Comandante Auditor.

Aplicabilidad de la redención de penas por el trabajo a los internos en establecimientos penitenciarios militares. José Manuel Claver Valderas. Teniente Coronel Auditor.

La aplicación del moderno sistema progresivo o de individualización científica en el ámbito penitenciario militar. Manuel Zafra Riascos. Capitán Auditor.

Cuestiones sobre suspensión de condena. Libertad condicional. José Antonio Jaldo Ruíz. Comandante Auditor.

Aproximación al tratamiento de la embriaguez en el Derecho Penal español. Miguel Ángel Bazaco Ruigómez. Teniente Coronel Auditor.

La circunstancia de intoxicación alcohólica ante la reforma de la legislación penal. José Manuel Claver Valderas. Teniente Coronel Auditor.

Limitaciones al principio acusatorio. Especial examen de los artículos 248, 249, 250, 251, 307 y 393 de la Ley procesal militar y 733 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Ignacio Rodríguez Docavo. Coronel Auditor.

El principio acusatorio, la legitimación de los Mandos y el art. 733 de la L.E. Crim. José Rojas Caro. Coronel Auditor.

El artículo 395 de la Ley procesal militar y el 793 de la Ley de enjuiciamiento criminal: la posible celebración de la vista en ausencia del acusado.. Federico Guillermo Vázquez Tapioles. Teniente Coronel Auditor.

El art. 246 de la Ley Orgánica procesal militar: interpretación y contenido. José Luis Lozano Fernández. Comandante Auditor.

El Auto de inculpación en las diligencias preparatorias. Manuel Antonio Martín Vicente. Capitán Auditor.

Ensayo sobre el procedimiento abreviado para determinados delitos en la Ley procesal militar. Fernando Martín Castán. Comandante Auditor.

Sobreseimiento definitivo. Imparcialidad objetiva. Javier de Mendoza Fernández. Teniente Coronel Auditor.

Consideraciones sobre el Recurso de casación contra los autores de sobreseimiento definitivo. José Luis Lozano Fernández. Comandante Auditor.

Intervención de los Mandos militares superiores en el proceso penal militar por vía del Recurso extraordinario de casación. Ignacio Rodríguez Docavo. Coronel Auditor.

Recurso de casación. Especial legitimación de los mandos militares superiores. Esteban Rodríguez Viciano. Coronel Auditor.

La primera Ponencia, del Coronel de la Guardia Civil Morales Villanueva, abordó un tema de notoria actualidad, que ya había sido objeto de tratamiento no individualizado, particularmente a partir de la obra colectiva *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, que recogió un análisis general de la cuestión, en 1985. Con posterioridad ha habido aportaciones de Casado Burbano, López Rodríguez, Montero Llacer y Jiménez Villarejo en las Primeras Jornadas de Derecho Militar, entre otros, además de los surgidos al amparo de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil. En cualquier caso, en pocas ocasiones se había estudiado desde un punto de vista científico el problema específicamente en el seno de la Guardia Civil que es donde ha planteado una mayor problemática jurisprudencial y donde se ha esgrimido desde un punto de vista político.

El autor, tras partir de un estudio constitucional de las libertades de asociación y sindicación, coloca a las mismas en relación con el estatuto personal de los miembros de la Guardia Civil, pasando a analizar los aspectos internacionales y la perspectiva desde el ángulo de los Derechos Humanos y las discusiones parlamentarias en las normas que han incidido en la cuestión. En el análisis jurisprudencial parte de los intentos verificados para atacar la naturaleza militar de la Guardia Civil, como principio previo que dejase la puerta abierta a los derechos de asociación y sindicación. En este sentido se analiza la concepción de la Ley Orgánica 2/1986 en la que se configura a la Guardia Civil como Instituto Armado de naturaleza militar, lo que conlleva asimismo la aplicación de la Ley 12/1985, la Ley 62/1987 y con posterioridad de las normas específicas de la Guardia Civil. Se repasa la Jurisprudencia Constitucional (en particular la Sentencia 194/1989) y la del Tribunal Supremo abundante en la materia, concluyendo, tras un análisis parcial del Derecho comparado (Francia, Italia y Bélgica) con que se reconoce a la Guardia Civil en términos generales el derecho de asociación, pero con el límite propio del asociacionismo militar proclamado en las RR.OO., si bien apunta la oportunidad y necesidad de que se conjugue el ejercicio del mando con la realidad social, posibilitando la canalización de inquietudes de la Institución al ser preci-

so encauzar de la forma más realista posible las necesidades de sus 68.000 miembros.

La segunda Ponencia, sobre la Reforma de las infracciones contra el deber de presencia, del Comandante Auditor y Catedrático Millán Garrido, comienza por presentarnos los sistemas legislativos en el enfoque de los delitos y faltas que afectan al servicio militar, a los que clasifica en sistemas formalistas, que enfocan la tipificación por elementos objetivos de la ausencia y sistemas espiritualistas, que incorporan el elemento anímico o la intención de sustraerse al servicio militar, entre los que puede incardinarse un sistema mixto en el que se tomen en consideración ambos enfoques. En la evolución del Derecho español los criterios fueron básicamente formales y objetivos, abordando el autor la situación actual tras la Ley Orgánica 13/1991 que distingue el delito de ausencia arbitraria, el de deserción y las faltas grave y leve de ausencia. El núcleo básico de las conductas típicas de ambos delitos se ha constituido por la ausencia o no presencia en la Unidad, siendo ambos delitos formales, pero mientras en los primeros el carácter omisivo adquiere mayor relevancia, la deserción se configura como un delito de actividad.

En el estudio del tipo del injusto, el autor estudia como se ha suprimido el dualismo entre el abandono de destino o residencia (que era la forma de comisión del delito en el sistema normativo anterior por los Oficiales y Suboficiales) y la deserción, suprimiéndose aquel, por tanto, polarizándose ahora un tratamiento normativo unitario de la deserción. Sin embargo el legislador sí distinguirá la distinta trascendencia que el delito de ausencia arbitraria tendrá en el militar profesional y en el militar de reemplazo, mientras que el estudio de la deserción con el ánimo previsto en el artículo 120 C.P.M., es decir el de sustraerse permanentemente a las obligaciones militares viene determinado por esa permanencia duradera y estable en la intención, que deberá ser probada, estudiando Millán las previsiones normativas del derecho comparado desde los distintos ángulos de los elementos del delito para concluir con los grados de ejecución, la autoría y participación, haciendo una breve referencia a las faltas en cuyo análisis el autor estudia el problema de los guardias civiles de reemplazo a la vista del artículo 8.10 de la L.D.G.C., significando que las ausencias de los miembros de la Guardia Civil que, alcanzando el plazo de 72 horas, no superen el de 15 días resultarán penalmente atípicas y solo susceptibles de ser sancionadas en vía disciplinaria.

La tercera Ponencia del entonces General Consejero Togado y hoy Magistrado del Tribunal Supremo Pérez Esteban, constituye una extensa

monografía sobre el Derecho Penitenciario Militar. Tras una introducción histórica aborda el estudio del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978 para, a continuación, contemplar la incidencia de la Ley General Penitenciaria cuya, aplicación en el ámbito militar hizo que el Ministerio de Defensa dictase la Instrucción Penitenciaria Militar, aprobada por O.M. 45/1987, de 23 de julio.

La nueva organización de la Justicia Militar contenida en la L.O.C.O. 4/1987, dio pie al denominado Plan Penitenciario Militar de reestructuración de Establecimientos, dependientes, conforme a la Instrucción, de la Subsecretaría de Defensa y luego de la Secretaría de Estado de Administración Militar. La necesidad de cumplir los informes del Defensor del Pueblo y el mandato del artículo 348 L.P.M. y, desde luego, de ajustar el Régimen Penitenciario a los Principios Penitenciarios Generales ofrecía el caldo de cultivo de lo que había de ser el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1992.

Se plantea el autor si puede hablarse de una sustantividad del Derecho Penitenciario Militar y de la relación jurídico-penitenciaria militar, observando los fines de la pena en el ámbito militar como peculiares en este sentido, si bien en un derecho penitenciario general basado en las penas privativas de libertad tal vez esa naturaleza autónoma dimanante de los distintos fines y funciones de la pena sea dificultosa, no obstante lo cual las peculiaridades son consideradas por el autor suficientes como para contribuir a entender el Derecho Penitenciario Militar como un derecho autónomo.

En el análisis del sistema vigente se parte en el enjundioso trabajo del principio de legalidad proyectado sobre el ámbito penitenciario, en orden a la garantía de la ejecución penal en conformidad con el artículo 5 C.P.M., en relación con los artículos 80 y 81 C.P. y con el artículo 93 L.P.M.

El Reglamento, aprobado por R.D. 1396/1992, de 20 de noviembre, en vigor desde el 1 de enero de 1993, no hace referencia a la citada garantía de ejecución, pero es de tener en cuenta la aplicación supletoria de la Ley Orgánica General Penitenciaria en este como en tanto otros extremos, en tanto en cuanto, como dice la exposición de motivos del Reglamento y puntualiza el autor, se ha optado por un sistema de referencia complementario que regula exclusivamente las normas específicas y singularidades propias de la Organización Militar.

El autor refleja y estudia estas singularidades a lo largo del trabajo, con referencia a los funcionarios, personal, Jefatura, localización en los

propios acuartelamientos y particularidades de los internos, entendiendo que, de acuerdo con la norma, la naturaleza de los Establecimientos Penitenciarios Militares es la de Unidades de Fuerzas Armadas, con las consecuencias que ello comporta para los internos, que tendrán un status especial como reclusos, con especiales derechos y obligaciones, con peculiaridades que sin embargo no justifican para el autor la omisión de la mención de los familiares, en relación a la obligación de la Administración de velar para que conserven sus derechos a las prestaciones sociales, entendiendo que el Reglamento no puede innovar en este punto, debiendo interpretarse la vigencia en el ámbito castrense de la inclusión a tales efectos de los familiares.

Tras un análisis del Régimen Penitenciario y de las comunicaciones y permisos se aborda el tema del trabajo penitenciario, con coincidencia en este punto respecto al sistema de la Ley Orgánica General, para concluir con el estudio disciplinario, significando que al tratarse de Unidades Militares, la vida en los Establecimientos conllevará la sumisión al Régimen Penal y Penitenciario Militar. Finalmente se analiza el sistema de individualización científica y tratamiento en relación con la realidad social, la aplicación del sistema de grados y su peculiaridad para los supuestos que el interno no lleve cumplida la cuarta parte de la condena, y en los casos de los autores de delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional, contra las leyes y usos de la guerra, de rebelión militar para tiempo de guerra y a los comprendidos en la Disposición Transitoria Quinta del C.P.M., abarcando el estudio en última instancia los problemas de beneficios penitenciarios, libertad condicional, redención de penas por el trabajo y control jurisdiccional de la relación jurídico-penitenciario militar, con el análisis de las funciones de los Juzgados de Vigilancia.

La cuarta Ponencia, del General Rodríguez Villasante, sobre valoración jurídico militar de la embriaguez y drogodependencias, comienza con una determinación previa sobre la valoración de las distintas conductas antijurídicas relativas al tráfico de drogas, por una parte, así como el estudio de la embriaguez y el consumo de drogas desde el ángulo penal y disciplinario y su posible tratamiento como causas modificativas de la responsabilidad criminal.

En relación con la embriaguez y las drogodependencias se hace un estudio en Derecho Comparado para ceñirse a continuación a los aspectos conceptuales, incluyendo la evolución en nuestro derecho desde la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, planteándose el tema de la ilicitud del consumo de drogas, aludiendo en

este punto al R.D. 1573/1993, de 10 de septiembre, por el que se somete a ciertas restricciones la circulación de productos psicotrópicos y estupefacientes, en cuanto se trata de mercancías que pueden tener la condición de tráfico ilícito, de acuerdo con el Acta Única Europea. Se cita a continuación la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que se tipifica como infracción el consumo en lugares, vías, establecimientos, o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, abordando el grave problema que plantea en España el aumento de la delincuencia, que ha dado lugar a la determinación tipológica sucesiva de los artículos 344 y siguientes del C.P., señalando las dificultades de la distinción entre la posesión de droga con fines de tráfico (delictiva) frente a la tenencia para el auto-consumo (impune), que ha dado lugar a determinada jurisprudencia tendente a estudiar los factores que establezcan el elemento subjetivo del injusto en esta conducta típica.

Se pasa a continuación revista a los tipos cualificados de los artículos 344 bis a) b) y c), así como a la novedad del tráfico de precursores, que quedaron incriminados en la Ley Orgánica 1/1992, considerando como tales las sustancias o instrumentos que pueden constituir la antesala de productos que quepa calificar legalmente como drogas, para abordar luego el tema de la receptación específica, con la problemática del blanqueo de dinero procedente de la droga, así como las consecuencias jurídicas de los delitos y su análisis del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, que en líneas generales no modifica el sistema.

Entrando en el estudio del Derecho Militar el autor señala la conveniencia de que el delito de tráfico de drogas, cometido por militares en lugar militar, es conveniente que integre un delito militar contra la eficacia del servicio. En la actualidad, el artículo 177.3º C.P.M. tipifica la conducta del militar que embarcare sin autorización drogas tóxicas o estupefacientes, delito este incluido bajo la rubrica de los deberes del servicio relacionados con la navegación, con exclusión de otros bienes jurídicos, pudiendo participar no militares.

Más adelante se estudia la conducta del militar que en lugar militar o en acto de servicio realiza actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas, preguntándose el autor si este comportamiento puede ser subsumido en el artículo 157.4º C.P.M., relativo al incumplimiento de deberes fundamentales militares causando grave riesgo para el servicio, habida cuenta de su tipo abierto que no concreta ni describe la acción punible típica, cuestionando

si el precepto satisface las exigencias del principio de tipicidad penal, como prolongación del principio de legalidad. La jurisprudencia entiende que no es necesario que el Código puntualice cuales son esos deberes, y, desde luego cabe subsumirlos como tales en el marco de las RR.OO. La sentencia de 4 de julio de 1990, citada por el autor, parece dejar la puerta abierta a que la acción u omisión que provocó los eventos perjudiciales integre el tipo penal en cuestión al afectar a la eficaz prestación del servicio, debiendo estudiarse la intención del autor pues la conducta dolosa requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.

Se estudia a continuación el delito de contrabando, analizando el supuesto en que el objeto sean drogas o estupefacientes, significando la aplicación de las normas concursales, en relación al art. 177.3 C.P.M. muy en particular que la jurisdicción a que este atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente penal más grave, conocerá de los delitos conexos.

A continuación se aborda la conducta peligrosa y las medidas de seguridad para quienes promuevan y realicen tráfico ilícito, de acuerdo con la Ley de 1970 y su Reglamento, antes citada y la infracción disciplinaria militar de tal carácter que pudiera incardinarse en el nº 33 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario, así como el ilícito administrativo estudiado a la luz de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, ya referenciada.

En la que pudiéramos denominar segunda parte del trabajo estudia el autor la embriaguez y el consumo de drogas como ilícito penal, centrándose en la concurrencia en acto del servicio y en el tipo del artículo 148 C.P.M. situando sus antecedentes en el Derecho penal militar italiano, pasando revista a los caracteres del delito básico, la acción típica y la incidencia de la noción de acto de servicio de armas en el tipo, abordando a continuación los problemas concursales y de penalidad, para centrarse, por último, en el ámbito disciplinario general y en el de la Guardia Civil.

Por último se analizan ambas situaciones como causas modificativas de la responsabilidad criminal con la integración de la drogodependencia en la atenuante analógica del art. 9 del C.P.M.

La quinta Ponencia, del General Consejero Togado Blay Villasante trata del Ministerio Fiscal Jurídico Militar y el principio acusatorio. Tras una exposición breve de carácter histórico sobre el embrión del Estatuto del Ministerio Fiscal, se centra en la figura del Fiscal Jurídico Militar a partir de la reforma de la Justicia Militar, analizando en particular la figura del Fiscal Togado y su doble dependencia del Fiscal General del

Estado y del Ministro de Defensa, en tanto en cuanto, de acuerdo con el art. 92 de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, este puede impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben 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, verificando una crítica del precepto y apuntando la posibilidad de que el Fiscal Togado, desde su toma de posesión asumiese la condición y estatuto personal de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, pasando a la situación de retirado.

En la segunda parte de la Ponencia estudia el principio acusatorio, con especial referencia a la Jurisdicción Militar y con alusión expresa y desarrollo de los criterios contenidos en la Sentencia de 2 de diciembre de 1991 de la Sala Quinta en relación a la legitimación de los Mandos Militares para interponer Recurso de Casación.

La sexta Ponencia, del Magistrado del Tribunal Supremo Bermúdez de la Fuente desarrolla el tema de las Diligencias Preparatorias en la L.P.M. y en consecuencia de los temas suscitados por el Capítulo II, Libro III de la Ley, aunque el trabajo tiene una perspectiva más amplia. Comienza el autor con el tratamiento de los antecedentes legislativos y con la introducción del primer procedimiento penal simplificado para el conocimiento de las infracciones graves en material circulatoria por la Jurisdicción Ordinaria, por Ley de 24 de Diciembre de 1962, experiencia esta que posibilitó la introducción en la LECrim del procedimiento de urgencia para determinados delitos por Ley de 8 de abril de 1967, y posteriormente de un nuevo procedimiento para paliar los procedimientos de la aglomeración en el de urgencia que fue el contenido en la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que encontró los problemas de la doble atribución a los Juzgados de Instrucción de la labor investigadora y del enjuiciamiento de determinados delitos, lo que dio lugar a sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, en definitiva, a un perfeccionamiento del sistema mediante la introducción del denominado Procedimiento Abreviado para determinados delitos en la reciente reforma del Título III, Libro IV de la L.E.Crim., así mismo objeto de reforma por Ley 10/1992, de 30 de abril, que no afecta a la cuestión objeto de análisis.

El autor analiza el pensamiento del legislador al introducir este procedimiento para el conocimiento de delitos de deserción, de determinados tipos de quebrantamiento del deber de presencia y los de fraude cometidos con ocasión de aquellos, tratando de acentuar su rapidez. Pasa revista

al procedimiento y a su tramitación, deteniéndose en la fase instructora, intermedia y de juicio oral, estudiando sucesivamente la posible adopción de medidas cautelares, la imputación del delito, el auto de conversión de previas en preparatorias, que podrán ser abiertas directamente en casos de hechos claros, la actuación del Fiscal Jurídico Militar, y el desarrollo de las actuaciones bajo los principios de oralidad y concentración. En relación a la fase intermedia (art. 392 y ss L.P.M.) se cuestiona si cabe la posibilidad de que la defensa del imputado pueda instar, de la misma forma que el Fiscal, el sobreseimiento en dicha fase, entendiéndose que no se confiere a la defensa. En la fase del juicio oral, se detiene en el estudio de la apertura del mismo y las formas de terminación con sentencia, con o sin vista, en este último caso con la asistencia del inculpado y del defensor.

La séptima Ponencia, del Magistrado Mayor Bordes estudia el sobreseimiento en el proceso penal militar. Tras acotar el estudio, partiendo de la legalidad competencial militar en material penal entra en el análisis del sobreseimiento regulado en la L.P.M. analizando que puede producirse en cualquiera de las tres fases del proceso. Tras estudiar los artículos 240 al 244 de la Ley, sobre la conclusión del sumario, pasa a abordar el tema del sobreseimiento, entendido como resolución trascendental que se contrapone al auto de apertura del juicio oral, deteniéndose en los supuestos en que se dá, como alternativa al juicio oral después del auto de conclusión del Sumario, es decir en la fase intermedia; en fase sumarial, luego de que el Juez Instructor considere que concurre alguna causa por la que procede; en Fase sumaria "strictu sensu", luego de que el Fiscal considere también la existencia de causa, expresándolo así mediante escrito y, por último, cuando la causa ya no se halle en sumario sino en período o fase de juicio oral, haciéndose valer con carácter de excepciones procesales, y, tan pronto, se produzcan cualquiera de los motivos del artículo 246 de la Ley.

Desarrolla a continuación los sujetos intervinientes, con detenimiento en el estudio de las partes (perjudicados, Fiscalía Jurídico Militar e inculpado o procesado) y, más adelante, se detiene en el sobreseimiento definitivo y sus motivos, así como en el sobreseimiento provisional, llegando a la conclusión de la aplicación de la LECr. en el procedimiento ordinario militar penal militar "contemporaneamente sucesiva", es decir al mismo tiempo o a la vez de la L.P.M., en cuanto no se regule en esta y no se oponga a la misma; en los supuestos de divergencia entre el Fiscal y Tribunal, en el que se produce en la regulación de los artículos 248 y 249, la petición del sobreseimiento por el Fiscal es vinculante, mientras en el caso

de Art. 250, para el autor es "quasivinculante", pues solo puede oponerse el Tribunal considerando que el hecho no constituye delito. Añade que el sobreseimiento definitivo, por su importancia debe adoptarse previa profunda reflexión; se detiene en la trascendencia de la función de la Fiscalía y en la actuación de los mandos militares en el recurso de casación, considerando a los mismos legitimados para interponer dicho recurso frente a sentencias y autos definitivos, extendiéndose sobre esta problemática concluyendo que de la intervención del mando militar superior, especialmente legitimada para el recurso de casación, a pesar de la actuación del Fiscal contraria a que aquel pudiera utilizar la facultad que potencialmente le otorga la L.P.M., ejercida con carácter autónomo, no se derivaría daño para nadie, sino que más bien sería una posibilidad que tendría el perjudicado en el delito para que se actuase indirectamente su pretensión al llevar adelante los mandos superiores la misma, aunque actuaran en defensa de los especiales intereses de la Institución Militar, en la misma línea de los perjudicados impedidos de intervenir como parte, por tener relación jerárquica de subordinación con el inculcado, en su caso. Por último, trata del sobreseimiento provisional.

La octava Ponencia, del Magistrado del Tribunal Supremo Querol Lombardero, trata del recurso de casación en el proceso militar en el que, tras establecer los antecedentes aborda en la nueva legislación, entre otras, la temática de la legitimación de los mandos militares en general, aludida también, como hemos vistos, en la precedente ponencia. Se estudian las resoluciones impugnables, las fases de tramitación, interposición y sustanciación del recurso, deteniéndose en las cuestiones de adhesión, desistimiento y otras particularidades, siempre partiendo de que las Autoridades Militares actúan en concepto de sujetos de los procedimientos judiciales, como partes legitimadas, suponiendo dicha legitimación la doble capacidad o aptitud, la procesal y la capacidad para ser parte.

La novena Ponencia, del Consejero Togado Sánchez Guzmán estudia el recurso contencioso disciplinario militar ordinario, partiendo del análisis del acto sancionador, tras configurar como de carácter revisor el procedimiento, considerando el acto de acuerdo con las Leyes Orgánicas reguladora del Régimen Disciplinario de las FAS y de la Guardia Civil, como acto dictado por Autoridades y Mandos Militares Sancionadores, deteniéndose en los actos excluidos en el artículo 468 de la L.P.M. Pasa revista a continuación a cuanto se refiere a la pretensión procesal, a través de sus elementos: "sujetos, "causa pretendi" y "petitum", para seguir con los efectos del proceso.

En una segunda parte el estudio se refiere al objeto del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario, del que, con la misma sistemática analiza cumplidamente cuanto se refiere al acto sancionador, la pretensión, la incidencia en el mismo por su especial encuadramiento de la *legalidad constitucional por cuya infracción se justifica su existencia*, deteniéndose en su compatibilidad con el recurso contencioso disciplinario ordinario y aludiendo al tema de la indemnización de perjuicios, planteándose si resulta procedente pronunciarse en esta vía especial sobre la misma, llegando a la conclusión positiva, sin perjuicio de que la determinación de su cuantía quede diferida al período de ejecución de sentencia. A la sentencia precisamente y a la posibilidad de acumulación de pretensiones dedica los últimos apartados de su estudio.

* En la recensión correspondiente a las Primeras Jornadas, publicadas con el Título General "La Jurisdicción Militar", fueron recogidas como comunicaciones dos de las Ponencias, las correspondientes a los Magistrados Calderón Susín y Beltrán Nuñez, por lo que pedimos disculpas a los lectores y muy especialmente a los autores de las mismas.

La ponencia de Calderón Susín abordaba la trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación y la desobediencia. Tras encuadrar la disciplina y describir las dificultades de su definición la considera en una primera aproximación como expresión de la subordinación en el orden militar, estableciendo el cuadro general de infracciones a la misma, pasando por el cuadro de faltas leves y graves cuya sistemática acoge como adecuada con algunos reparos, pasando a continuación a los delitos en este mismo marco en los que encuentra cierto talante decimonónico, con olvido de la moderna técnica penal, lo que abarca incluso a los aspectos terminológicos (la voz "insulto"), si bien lo importante para él es la estructura y técnica poco afortunada de las distintas figuras pluriofensivas de maltrato de obra sobre las que figuran las agravaciones por el resultado, sin una autentica matización de la incidencia de la actuación imprudente en estas conductas o de la meramente fortuita, trayendo también a colación su crítica a la disposición adicional 6ª de la L.P.M. En la segunda parte del estudio analiza el delito de desobediencia partiendo del artículo 102 C.P.M. y considerando el bien jurídico y el tipo básico, para detenerse en el estudio de los términos y conceptos de orden y superior, reflejando los diversos requisitos de toda orden (personales, formales y materiales), para que sea considerada como tal; fundamentando así mismo el concepto de superior en el artículo 12 L.P.M. para centrarse, por último

en la delimitación del ilícito penal partiendo de que el tipo básico contiene la exigencia implícita de la gravedad de la desobediencia en contraste con la levedad que preside las infracciones disciplinarias, con las que contrasta el ilícito penal. Estudia luego los tipos agravados expresando la concurrencia de la nota común de la amplitud del marco penal, "incluso hasta unos límites rayanos en la falta de respeto a las exigencias derivadas del contenido material del principio de legalidad penal". El estudio se detiene en los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, expresando en este último un análisis sobre incriminación culposa de la desobediencia del artículo 158 C.P.M. y subsidiariamente en los 9.1 y 8.2 de la L.R.D., destacando estos últimos preceptos a los efectos de una posible concurrencia en el sujeto de un error sobre el tipo, vencible de los contemplados en el párrafo 2º del artículo 6 bis a) del C.P. Concluye el estudio con otras cuestiones relativas a la consumación del delito, formas de coautoría y participación, concurso de delitos y penalidad, así como al posible concurso impropio de leyes que se producirá cuando la persona ofendida por el delito reúna la doble condición de Autoridad militar y superior.

La ponencia del Magistrado Beltrán Nuñez llevaba el Título "Cuestiones Penológicas. Determinación e individualización de la pena en el derecho penal militar". Centra el tema en dos cuestiones básicas. Por la primera se preguntaba sobre la pena militar como "última ratio" para mantener la disciplina y la utilidad en sí de las penas militares. En segundo lugar consideraba las normas del C.P. aplicables para individualizar la pena y el resultado práctico de la aplicación de las normas propias del C.P.M. Contrasta el régimen del C.J.M., con el conjunto de normas que actualmente regulan la acción penal y la acción disciplinaria, refiriéndose a la esencia del derecho militar. Considera que el Código de 1945 tenía un aire de Código Disciplinario por su concepción unitaria de lo orgánico, lo penal y lo procesal, por la intercomunicación entre delitos y faltas y las sanciones consecuentes y, sobre todo, por la exaltación de la idea Justicia del Jefe. Por el contrario del C.P.M. es una ley penal diferenciada de los otros ámbitos, inspirada en principios totalmente diferentes, con un concepto de disciplina más amplio y de perspectivas distintas. Se refiere a que la inmediación de los juicios y la publicidad de las sanciones es ahora menor y aborda temas relativos a la condena condicional y al recurso de casación, planteándose un análisis estadístico de sentencias dictadas y de los delitos por los que se instruyeron las diversas Causas, para concluir en el análisis de determinados problemas penológicos, con inclusión de la pena de muerte y de las penas accesorias y con referencias concretas a los

supuestos de complicidad, delito frustrado y encubrimiento, abordando por último temas referentes a determinación de la pena en razón a las formas de participación y a los factores de individualización de la misma.

Agustín Corrales Elizondo

SANCHEZ GUZMAN, Eugenio (Coord.): *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (L.O. 4/1987 y L.O. 2/1989)*. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1995. 2 vol.

Llega a manos del estudioso del derecho una obra que, por fin, culmina y completa, a través de un prolijo análisis de la normativa mediante la que se ha articulado la reforma orgánica y procesal militar, la visión doctrinal del desarrollo habido del artículo 117.5 de la Constitución en sus aspectos sustantivo, orgánico, competencial y rituario.

Si en el aspecto del estudio del derecho sustantivo los "Comentarios al Código Penal Militar" (Coord. Blecua Fraga, Ramón, y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis; Madrid, Civitas, 1988) dieron más que cumplida respuesta a la acuciante necesidad, sentida a partir de la promulgación, por Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, de contar con una hermenéusis científicamente profunda y no sectorial que colmara el vacío producido en la doctrina penal militar hispana por la carencia, desde la ya tan lejana publicación de los nunca bien ponderados "Principios de Derecho Militar Español" de De Querol y Durán, de un manual que abarcara el derecho sustantivo en su integridad, en lo concerniente a los aspectos competenciales, orgánicos y adjetivos consecuentes a la promulgación de las Leyes Orgánicas 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, tal necesidad devino acuciante, dado que, jamás con anterioridad a la obra ahora publicada, se había abordado, sino tan solo parcialmente a través de la Revista Española de Derecho Militar, el Boletín Judicial Militar y los Cursos que sobre la Jurisdicción Militar viene organizando el Consejo General del Poder Judicial, un estudio exhaustivo de la normativa orgánica y procesal militar, comprensivo de una aproximación monográfica a todos y cada uno de los preceptos que integran los textos legales en que aquella se cobija; tal aproximación, que en la obra que examinamos se lleva a cabo, no es meramente un estudio doctrinal y teórico, que, ya de por sí, sería valioso, dada la altura científica y categoría profesional de los cuarenta y siete autores que han colaborado en la obra, sino que muchos de tales comentarios aparecen enriquecidos

con cita de la doctrina e instrucciones sentadas al respecto por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, la Fiscalía General del Estado y el Consejo de Estado.

En la obra, coordinada por el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central Eugenio Sánchez Guzmán, en cuyo alumbramiento ha tenido destacado protagonismo, han participado miembros del Cuerpo Jurídico Militar, de la Judicatura, Catedráticos y Profesores universitarios, Letrados del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo y Secretarios Judiciales, lo que, con independencia de la inevitable heterogeneidad que es sino de toda obra colectiva, dota a esta de una enriquecedora pluralidad y un, en general, notable rigor en el análisis que permite estimar más que de sobra colmado el propósito que la inspira.

Nos hallamos, a nuestro juicio, ante una obra monumental, tanto por su propia materialidad como, ante todo, por su contenido y finalidad; en efecto, se pretende y logra con ella un estudio completo, pormenorizado y minucioso de las normas orgánicas y rituarías militares, ayuno de precedentes y llevado a cabo a través de una contemplación monográfica de cada uno de los artículos que integran las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989.

En el Tomo I se aborda el análisis de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), encabezándolo una presentación del Ministro de Defensa, Sr. García Vargas y un Prólogo, sumamente elogioso, del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Sr. Sala Sánchez. A continuación, Antonio Millán Garrido lleva a cabo, a modo de introducción, un estudio de la evolución que, a partir de la reforma que supuso la Ley Orgánica 9/1980, y pasando por los trabajos de la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, formalmente constituida en 1980, culminó, tras la promulgación, durante la II Legislatura, en 1985, de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Código Penal Militar, con las Leyes Orgánicas de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y Procesal Militar; los precedentes, la tramitación parlamentaria y la estructura y contenido de los textos legales citados son minuciosamente expuestos, y, finalmente, el autor contempla la tutela jurisdiccional de los derechos de que quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria o en vía disciplinaria judicial militar, con la instauración del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario para las sanciones, cualesquiera que sean, que afecten al ejercicio de derechos fundamentales ínsitos en el art. 53.2 de la Constitución.

A renglón seguido, se contiene en este Tomo una serie de trabajos de entre los que, sin merma alguna de la calidad científica de aquellos otros a cuya cuasi mera referencia la obligada limitación en la extensión de estas líneas impone, preciso resulta destacar los de José Jiménez Villarejo, relativos a la definición de la jurisdicción militar a través de su integración en el Poder Judicial del Estado, con especial detenimiento en la cuestión de la subsistencia de la especialidad de aquella, no obstante su integración en el poder judicial del Estado, aun cuando sale al paso de un concepto reduccionista que podría devenir del art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirmando la realidad institucional de la jurisdicción, y, ante todo, la exclusividad de los nuevos órganos judiciales militares frente a los de mando; finalmente, estudia la configuración, como poder ordinario predeterminado por la Ley, de todo órgano judicial militar, con especial detenimiento en el análisis de la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional. Francisco Fernández Segado analiza el ámbito de conocimiento de la jurisdicción militar a través de su reconducción competencial a un ámbito estrictamente castrense integrado por las materias penal y disciplinaria, la garantía de otras materias que, en custodia de algún derecho, pudieran otorgarse por el legislador a la jurisdicción castrense y la posible implementación, durante la vigencia del estado de sitio, de la competencia en materia penal, analizando la cuestión del incidente de inconstitucionalidad, para, finalmente, llevar a cabo una serie de reflexiones sobre la gradualización de la competencia que, según se trate de paz o de guerra, se atribuye a la jurisdicción castrense. Carlos García Lozano lleva a cabo una profunda exégesis, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, de los principios fundamentales que presiden el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, inspirados en lo señalado tanto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, analizando, también, algunos de los más destacados aspectos del estatuto de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en funciones judiciales y de las personas con funciones en la Administración de Justicia Militar. Diego Ramos Gancedo comenta temas tales como el principio de la gratuidad de la justicia militar y sus efectos, la vigilancia del funcionamiento de los órganos judiciales militares, inspirada en los principios de unidad jerarquizada y subordinación a la independencia de Jueces y Magistrados, atribuida a los Auditores Presidentes del Tribunal Militar Central y de los

Tribunales Militares Territoriales, la denominación de los órganos judiciales militares, y dedica, finalmente, sendos estudios a las Disposiciones Derogatorias y Finales de la Ley. Eugenio Sánchez Guzmán analiza las cuestiones de competencia entre los órganos judiciales militares y el Tribunal Militar Central, y, respecto a este último, su doble actuación, en Sala de Justicia y de Gobierno.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto inicia su extensa colaboración en este Tomo con un cuidado estudio acerca de la competencia de la jurisdicción militar para la imposición, en vía disciplinaria judicial militar, de sanciones de aquella índole a cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a quienes infrinjan la policía de estrados; tras analizar los precedentes y la legislación extranjera al respecto, la exégesis del art. 18 de la Ley la desarrolla a través del estudio de la potestad sancionadora de la Administración, con especial referencia a la de la Administración judicial y hace un pormenorizado examen de la naturaleza y titularidad, clases y regulación específica de la vía disciplinaria judicial militar; más adelante, lleva a cabo un comentario del Título IX de la Ley, mediante el examen tanto del sistema de gobierno de la Jurisdicción Militar como de la novedad que implica su atribución principal al Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las atribuciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, abordando el gobierno interno de la Jurisdicción militar a través de las atribuciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, de los Auditores Presidentes de los Tribunales Militares Territoriales, de los Jueces Togados y del Ministro de Defensa, y el sistema de inspección de dicha Jurisdicción, estudiando extensamente la responsabilidad disciplinaria judicial militar con referencia a las modificaciones introducidas en la regulación del Capítulo II del Título IX de la Ley Orgánica 4/1987 por la Ley Orgánica 16/1994, a su delimitación con el régimen disciplinario militar, consecuente a la peculiaridad del estatuto de los militares que, en la Jurisdicción castrense, desempeñan funciones judiciales, fiscales o de Secretaría Relatoría, y, finalmente, a las clases de faltas disciplinarias judiciales, con detenida exégesis de cada uno de los tipos, la acción típica, agente, sujeto pasivo, prescripción, sanciones previstas y órganos con competencia sancionadora, y una postrera, y pormenorizadísima, exposición del procedimiento sancionador en todas sus fases, y los recursos potestativos procedentes, en vía administrativa, contra la resolución recaída, la ejecución de las sanciones por falta muy grave, y la competencia y procedimientos sancionadores en relación tanto con los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar como de

las Secretarías Relatorias; por último, dedica el autor sendos estudios a la responsabilidad disciplinaria de abogados y procuradores en los procedimientos judiciales militares, y a la potestad correctora y policía de estrados sobre los que intervienen en los procedimientos o asisten a los actos judiciales.

Arturo Gimeno Amiguet analiza el principio fundamental de independencia de los órganos judiciales militares, conformados y establecidos a tenor de las condiciones objetivas y legales que los principios constitucionales, en este caso dimanantes del art. 117 de la Constitución, imponen para todo órgano jurisdiccional. A su vez, Francisco Blay Villasante estudia la composición y atribuciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, cúspide y vértice de la Jurisdicción Militar, que hace realidad incontrovertible el principio de unidad jurisdiccional plasmado en la Constitución, ensamblando a la Jurisdicción marcial en el único Poder Judicial del Estado; tras exponer los distintos sistemas de organización de la Jurisdicción castrense en el Derecho Comparado, analiza, detalladamente, las funciones o competencias que a la meritada Sala le vienen legalmente atribuidas por el art. 23 de la LOCOJM., su composición, el sistema de nombramiento y condiciones que han de concurrir en sus miembros y el nombramiento del Presidente, haciendo gala, en esta cuestión, de su tradicional, y envidiable, talante crítico, al enjuiciar el procedimiento elegido para el sistema de nombramientos, estudiando, a continuación, el Título IV de la Ley Orgánica 4/1987, dedicado a la Fiscalía Jurídico Militar, destacando, como paradigma de la reforma de la Justicia Militar, los importantes cambios habidos en la Institución, a través de la modificación de sus funciones, su naturaleza jurídica, su dependencia del Fiscal General del Estado y el distinto enfoque de sus misiones, consagrando la dependencia del Fiscal Togado del Fiscal General del Estado la unificación, en la cúpula, de lo que ya es una sola Fiscalía; con carácter previo al análisis de la estructura, funciones y nombramientos, contempla extensamente el autor la aplicación, en toda su integridad, del principio acusatorio y la misión primordial de proteger los derechos fundamentales y las garantías individuales, además de tutelar la disciplina y ciertos valores de importancia para la eficacia de los Ejércitos, que se atribuye a la Institución.

José Luis Bermúdez de la Fuente trata el tema de las partes en el proceso penal militar, con referencia a las cuestiones conceptuales (sentido material y formal de parte), los requisitos de capacidad y legitimación, con específico tratamiento de la presencia en el proceso penal castrense

de la acusación particular por ejercicio de la acción popular, a la presencia, en vía de recurso de casación, de los Mandos Militares Superiores y a las partes facultativas contingentes en aquel proceso, cuales son el acusador particular y el actor civil. José Francisco de Querol Lombardero analiza la especial legitimación que se confiere a los Mandos Militares Superiores en el recurso de casación, como compensación a la privación del poder jurisdiccional directo que, a través de la peculiar institución del disentimiento, poseían, considerando fundamentos de la legitimación procesal de tales Mandos el, a juicio del autor, legítimo interés de que aparecen revestidos para defender la disciplina y los valores militares esenciales, si bien son partes *sui generis* de difícil encuadramiento en la clasificación tradicional, pues carecen de completa capacidad procesal y son partes tan sólo en cuanto se relaciona con la acción penal. Luis Fernández de Henestrosa y Balmaseda estudia la organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra, cuestión específica que conlleva especialidades orgánicas, sustantivas, de ampliación de ámbito competencial, de aplicación de procedimiento sumarísimo a determinados delitos, consecuencias en lo relativo al destino y situación del personal de los órganos judiciales y la posibilidad del desplazamiento de los órganos existentes a la zona de operaciones, examinando, finalmente, la prevención de procedimientos y lo concerniente a la Fiscalía Jurídico Militar, la defensa, la acusación particular y la acción civil en tiempo de guerra.

José Rojas Caro examina el ejercicio del derecho de defensa ante la Jurisdicción marcial, y tras un atinado análisis del fundamento de la defensa procesal, aborda el concepto de la misma en cuanto derecho público constitucional que asiste a toda persona física para oponerse a la pretensión acusatoria, con sus dos variantes de autodefensa y asistencia técnica de Letrado; el riguroso estudio de las notas que perfilan el derecho de defensa, con su doble naturaleza y proyección constitucional, su real efectividad y su carácter indisponible, precede a la profunda aproximación que el autor efectúa a la determinación del estadio procesal en que surge el derecho de defensa, con análisis del concepto de imputación, a partir de la cual comienza, su consideración como acto exclusivamente judicial y el examen de la formalización de la imputación y de los medios legales que la suponen; la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en cualquier momento hace llegar al autor al concepto de preimputación o preinculpación, concluyendo que el derecho a la asistencia de Letrado comienza, en el proceso militar, en un momento anterior a la imputación; finalmente, procede el autor a una detallada determinación de los derechos

instrumentales que se integran en el derecho a la defensa, y al examen del contenido y notas que caracterizan tal derecho. Alfredo Baena Cazenave estudia la prevención de los procedimientos, determinando las diferencias entre el atestado y el parte militar y las analogías y diferencias entre el atestado y las diligencias previas y el sumario. Por su parte, Eduardo Calderón Susín analiza detenidamente el procedimiento de "habeas corpus" que la Ley Orgánica 4/1987 residencia en los Juzgados Togados Militares Territoriales, con la consiguiente polémica suscitada por la pretendida ruptura de la competencia "natural" contenida en la Ley Orgánica 6/1984, y Germán Martínez Aznar lleva a cabo una notable exégesis de la regulación del concepto y atribución del conocimiento de los delitos conexos, en la que, tras plantear las dudas acerca de la constitucionalidad de la posibilidad de atraer al conocimiento de la Jurisdicción Militar hechos no cobijados en el Código Penal Militar, examina los arts. 14 y 16 de la LOCOJM., precisando el concepto de "incidencias", para, finalmente, llevar a cabo un detenidísimo análisis de la conexidad y de lo que se entiende por delitos conexos, tanto desde un plano doctrinal como desde el aspecto jurisprudencial, con cita y comentario de un numeroso repertorio de resoluciones de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo.

No sería posible, sin injusticia, dejar de hacer referencia, aun sucintamente, a los muy meritorios trabajos de Francisco Javier de Mendoza Fernández, en relación a los Tribunales Militares Territoriales y a la competencia personal y objetiva de los mismos, los incidentes de recusación y abstención, los recursos de que conocen, su composición y el nombramiento y designación de su Presidente y Vocales; de Luis Miguel Maside Miranda, que examina, con la rigurosidad que lo caracteriza, la competencia que se atribuye a los Juzgados Togados y Tribunales Militares con sede en Madrid para conocer de los delitos cometidos en el extranjero de la competencia de la Jurisdicción Militar; de Julio Galán Cáceres sobre la cuestión de los órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional, contemplando tanto la cuestión de la creación de un órgano "ad hoc" como la posibilidad de desplazamiento de órganos jurisdiccionales ya creados y la competencia para conocer de los procedimientos instruidos; de Clemente Crevillén Sánchez, que lleva a cabo, tras una minuciosa reseña histórica de la institución de la Secretaría Judicial, un completo estudio de las funciones procesales del Secretario Judicial; de Enrique Rovira del Canto, quien examina la regulación que en la LOCOJM. se hace de las Secretarías Relatorias y del personal auxi-

liar, con una referencia a la Policía Militar como auxiliar de las autoridades judiciales y fiscales de la Jurisdicción Militar cuando sea requerida para ello, en cuanto agente de la autoridad judicial militar, lo que viene a complementar, por último, el trabajo de Francisco Alonso Pérez relativo a las funciones que a la Policía Judicial, y respecto de los órganos judiciales militares y los Fiscales Jurídico Militares, confiere el prerreferido texto legal, en el que se hace un genérico análisis, aun no concretado especialmente al ámbito jurisdiccional castrense, del concepto, regulación, composición y funciones de carácter general de la Policía Judicial.

El Tomo II, notablemente más voluminoso que el que le precede, aparece dedicado a la memoria del llorado Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra.

Se contiene en este Tomo una serie de trabajos del aludido Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra; no nos ciega, al escribir estas líneas, el permanente recuerdo de su figura, la huella, indeleble en nuestro espíritu, de la amistad y el afecto con que nos honró, y la imperecedera gratitud al maestro en la ciencia jurídica y en el ejemplo, siempre a imitar, de una intachable, consecuente y excepcional andadura vital, pretendiendo que vengan a ser las mismas el más fraterno y sincero homenaje a su persona.

En lo que haya sido, tal vez y por desgracia, su postrera aportación a la ciencia del Derecho, Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra dedica luminosos trabajos al estudio de los conflictos de jurisdicción a través de una particularizada exégesis de los arts. 7 al 11 de la Ley Procesal Militar, con una lúcida introducción en la que da cuenta de la imprecisión que conduce a una indistinción de los conflictos entre los órganos judiciales y entre éstos y los administrativos, y su actual regulación a través de las Leyes Orgánicas 6/1985 y 2/1987, que aportan al sistema de solución de conflictos el principio de paridad efectiva tanto en la legitimación para promoverlos como en la constitución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, para abordar, a continuación, las cuestiones de la preferencia que, dada la doble vertiente de la Jurisdicción Militar, se otorga a la materia penal frente a la contencioso-disciplinaria, de la improrrogabilidad como norma permanente del proceso penal en el que se sustrae a los particulares toda disponibilidad sobre la competencia en beneficio de la sociedad, y, finalmente, los criterios de reparto de la masa competencial entre los distintos órganos judiciales militares; más adelante, el autor lleva a cabo perspicaces estudios tanto sobre el estatuto del imputado (inculpado, según su justificada preferencia terminológica) y del procesado como forma de adquisición de legitimación pasiva en el proceso penal, examinan-

do los diversos actos inculpatorios, los efectos de la inculpación y el concepto, características y efectos del Auto de procesamiento, con una final consideración tanto de los efectos administrativos que la Ley 17/1989 deduce de los procedimientos judiciales, como del art. 518 de la Ley Rituaria Marcial, en la que atinadamente insiste en la necesidad de una correcta interpretación del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario cobijado en dicho precepto, que concibe como un proceso constitucional cuyo objeto coincide con el recurso de amparo y cuyo conocimiento se atribuye a los órganos de la Jurisdicción Militar, estudiando, detenidamente, las partes, el objeto del recurso, limitado al examen de la legalidad constitucional del acto, y ciertas especificidades del procedimiento.

Enrique Rufz Vadillo analiza, en el trabajo que sirve de pórtico a este Tomo, el principio de legalidad, concebido como el núcleo vital del Derecho todo y del Derecho Penal en particular, en el Derecho Procesal Militar, examinando la fundamental dimensión procesal jurisdiccional de este principio, concretada en la indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia, y a tal efecto, estudia la asunción que, en la Ley Adjetiva Militar, se ha llevado a cabo de todos los principios constitucionales en su dimensión legitimadora formal material, finalizando con unas luminosas líneas dedicadas a exponer las dudas de un, como él, eminente jurista, que, desde la distancia de su experiencia, se plantea la posibilidad del mantenimiento de las garantías que integran el sistema, tendentes a la realización de la justicia, en una institución como la del Jurado Puro.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, en una extensa, variada y, como siempre en él, profunda y rigurosa, exposición, aporta una serie de trabajos relativos a la cosa juzgada penal militar y su consiguiente función excluyente de un segundo proceso o sentencia sobre el fondo en caso de identidad sustancial entre los objetos de los dos procesos, exponiendo los requisitos generales y la identidad objetiva o material del hecho punible (“eadem rei”), señalando los criterios jurídicos para la identificación de la “res iudicata” y la “res iudicanda” y la identidad subjetiva o de la persona juzgada, cuya mención expresa en el art. 3 de la Ley Procesal Militar, frente a la indefinición del resto del ordenamiento español, lo, haciendo objeto de examen las resoluciones judiciales militares con efecto de cosa juzgada y los aspectos procesales de la cosa juzgada penal militar, para finalizar exponiendo la ineficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal, citando las razones de la misma y las críticas de que

ha sido objeto la posición adoptada por el Tribunal Constitucional sobre el tema; más adelante, el autor analiza las reglas atinentes a la obligación de los órganos de la jurisdicción militar de escribir las actuaciones de tal índole en el papel del sello de oficio, con las naturales excepciones, para, a continuación, examinar la cuestión de los días y horas hábiles y su cómputo en el sumario y en el juicio oral; finalmente, aborda, conjuntamente, los problemas (que, hasta ahora, no han sido objeto de unívocas soluciones) consecuentes a la proclamación del derecho a la información y a obtener testimonios de los procedimientos, partiendo del examen general del principio de publicidad de las actuaciones y llevando a cabo, para colmar las numerosas lagunas que el autor va detectando a lo largo de su cuidado excursus argumental, una comparación del principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales y su desarrollo en las leyes procesales penales con el principio general de publicidad concretado en el libre acceso a los archivos y documentos públicos de todos los ciudadanos y las limitaciones que afectan a estos últimos, en particular derivadas del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen y del carácter secreto o reservado de ciertas diligencias sumariales así como del perjuicio que la información solicitada pueda suponer para la investigación judicial o el secreto del sumario, con una muy precisa exposición final de la regulación positiva del acceso de los ciudadanos a archivos y registros judiciales contenida en las Leyes 30/1992 y 16/1985.

Eugenio Sánchez Guzmán, en una vasta, y cabal, aportación, aborda temas tan variados como los relativos a las cuestiones de competencia entre los Jueces Togados y Tribunales Militares, exponiendo desde su promoción consecuente a la obligación de examinar la propia competencia, las cuestiones de competencia objetiva y funcional y de competencia territorial, el efecto suspensivo, con matices en el Sumario, consecuente al planteamiento de la cuestión, y la validez, sin necesidad de proceder a su ratificación, por mor del principio de economía procesal que prima sobre el de inmediatez, de las actuaciones practicadas por órganos declarados territorialmente incompetentes; estudia el gobierno interno de los Tribunales y Juzgados Togados Militares, analizando la Administración Judicial en tanto bloque normativo referido a los aspectos estructurales y organizativos del aparato judicial en el que se aplica el ordenamiento regulador del funcionamiento del Poder Judicial en el ámbito gubernativo y los principios organizativos de los órganos judiciales, las competencias y funcionamiento de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, el régimen de sus actos, sometidos al Derecho Administrativo, la elaboración

de los mismos y su invalidez, revisión de oficio e impugnación mediante recurso ordinario, la abstención y recusación, analizando, con carácter previo al de las causas de una u otra, la obligatoriedad de la primera y la legitimación para recusar, siendo de destacar la acertada fundamentación que otorga a la causa consistente en la relación de subordinación, y los procedimientos de la abstención y la recusación; finalmente, el autor lleva a cabo un exhaustivo examen de la regulación del recurso contencioso-disciplinario militar a través del estudio de las disposiciones generales sobre competencia y criterios de atribución y cuestiones de competencia y prejudiciales, gratuidad del procedimiento, no intervención coadyuvante, efectos prescriptivos consecuentes a la interposición del recurso y supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, capacidad procesal, legitimación y postulación de las partes y objeto del recurso, con exégesis de los requisitos del previo acto disciplinario sancionador, de las pretensiones de las partes y los supuestos de acumulación, para terminar con el estudio del proceso en sí, con examen particularizado de las diligencias preliminares, el escrito de interposición y sus requisitos y efectos que produce, remisión del expediente e incidente de inadmisión, la demanda, su formulación y contenido, y la contestación a la misma, la prueba, la formulación de las conclusiones y el contenido de estas, la sentencia, con los diversos pronunciamientos que puede contener, sus requisitos y sus efectos, y los otros modos de terminación del procedimiento, los recursos de súplica contra providencias y autos y de casación contra las sentencias y los autos a que se refiere el art. 478 de la Ley Procesal Militar, el procedimiento de la casación, el recurso de revisión contra resoluciones firmes y la ejecución de la sentencia, los incidentes de ejecución y la publicación de la sentencia. Diego Ramos Gancedo examina un heteróclito conjunto de temas, tales como la concreción del principio constitucional de publicidad y oralidad de las actuaciones judiciales, considerando la publicidad un efecto resultante de la oralidad de aquellas, y las excepciones a tal publicidad, la documentación y reproducción de las actuaciones judiciales, la obligatoriedad del empleo de la lengua oficial del Estado y la posibilidad de utilización de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se lleven a cabo actuaciones, la obligatoriedad de las partes de acompañar tantas copias como sean las personadas en autos de los escritos o documentos que presenten para su incorporación o para producir efectos en el proceso, la unidad del procedimiento por los mismos hechos, con la excepción relativa a los delitos conexos y el sistema de identificación de los procedimientos, la formación de pieza separada y el catá-

logo de supuestos que obligan a tal formación, y la obligación, como medida de seguridad, de reprografiar los autos.

José Jiménez Villarejo analiza el marco normativo regulador de la sentencia en el proceso penal militar, examinando prolijamente el proceso de deliberación y votación, con la exigencia de inmediatividad que conlleva, la posibilidad de ausencia sobrevenida de un Vocal y el modo de dirimir las discordias que pueden suscitarse en la votación, abordando, a continuación, el dictado de la sentencia, y determinando los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Militar debe pronunciarla, construyéndola sobre la apreciación en conciencia de las pruebas, de las razones expuestas por la acusación y la defensa y de lo manifestado por el acusado, lo que conduce a la elaboración del juicio de hecho en que consiste la premisa menor del silogismo judicial, estudiando, a continuación, el “*iudicium iuris*”, concebido no como mero juicio de subsunción, sino, además, como la operación lógico-jurídica mediante la que se fija e individualiza el “*quantum*” de la pena y se determina la responsabilidad civil; finalmente, estudia la cosa juzgada material y sus efectos de declaración de firmeza de la sentencia y consiguiente ejecución del fallo, haciendo atinada referencia al problema suscitado en el supuesto de sentencia oral del procedimiento abreviado dada la necesidad de comunicarla a los Mandos Militares Superiores. Fernando Pérez Esteban, en extenso y riguroso trabajo, analiza la cuestión de la ejecución de las penas privativas de libertad, y tras examinar el art. 348 de la Ley Procesal Militar como germen del Derecho Penitenciario Militar vigente, y hacer una referencia a la regulación precedente, lleva a cabo un minucioso estudio del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1992, para contemplar, después, temas tales como el cumplimiento de las condenas en función de la condición de militar del interno, el principio de legalidad de la ejecución, sometida al respeto del sistema normativo penitenciario militar, en el que se reciben los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y el control jurisdiccional de la ejecución de las penas, mediante la institucionalización de la figura del Juez de Vigilancia Militar, ya en el art. 61.4 de la LOCOJM, si bien con tal denominación no aparece hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/1989, ejerciendo su función con la potestad jurisdiccional que le otorga su condición de Juez Togado Militar Territorial, lo que, como afirma el autor, desvirtúa la nota de especialidad que es propia de este órgano en el ámbito de la Ley Orgánica General Penitenciaria, exponiendo, finalmente, las singularidades de la regulación de la vigilancia penitenciaria en la Jurisdicción Militar. Francisco Mayor

Bordes examina el sobreseimiento en el proceso penal militar ordinario, partiendo del momento procesal de la conclusión del Sumario, en el que el Tribunal, en el supuesto de no revocar el Auto de conclusión, ha de decantarse bien por la opción de acordar la apertura del juicio oral, bien por dictar resolución de sobreseimiento; centrado en esta posibilidad, analiza el autor cuál sea el órgano judicial idóneo para dictar el referido Auto de sobreseimiento en los procesos penales de su respectiva competencia, la intervención, y límites temporales para ella, de las partes personadas mediante la solicitud o la oposición al sobreseimiento, las clases y respectivos conceptos de éste, los motivos, tasados legalmente, por los que procede cada uno de ellos y sus respectivos efectos; la vinculación del Tribunal a la solicitud de sobreseimiento de las partes acusadoras, con las diferentes posibilidades que resultan del texto de los arts. 248 a 250 de la Ley Procesal Militar y los recursos de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que caben contra los Autos de sobreseimiento definitivo y de súplica ante el Tribunal que los dicte contra los de sobreseimiento provisional son también objeto de exégesis por el autor.

José Luis Bermúdez de la Fuente aborda, por su parte, el tema de las Diligencias Preparatorias que, para el conocimiento de determinados delitos, se configuran como proceso específico en cuanto a su objeto y simplificado en razón a sus trámites en la Ley Procesal Militar, ello sin perjuicio del pleno respeto al principio acusatorio y a los de contradicción, oralidad y concentración en el acto del juicio oral; tras una exposición de los problemas que la determinación del objeto del procedimiento en el art. 348 del aludido Cuerpo Legal puede plantear en el supuesto de que fuere la ausencia del lugar o destino el medio de procurar la impunidad de delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, y no al contrario, examina la tramitación del procedimiento, el mantenimiento de la separación de las funciones instructoras y de enjuiciamiento, el paso del procedimiento simplificado al ordinario y viceversa, la resolución de las cuestiones de competencia que pudieran surgir, la prohibición de dictar Auto de Procesamiento con la consecuente debatida cuestión de si puede o debe dictarse Auto de inculpación o imputación (inclinándose el autor en éste punto, no obstante el silencio legal al respecto, por la conveniencia de su práctica en forma expresa); la adopción de medidas cautelares, las fases del procedimiento, el juicio oral o el sobreseimiento y, finalmente, la Sentencia son objeto, por el autor, de detenida exposición, que hace hincapié en la particularidad de la anticipación del fallo y una consecuente conformidad con el mismo de las partes, lo que permitirá al Tribunal de-

clarar, en el mismo acto, la firmeza de la resolución, cabiendo aquí apuntar la cuestión de si ello implica privar a los Mandos Militares de su posibilidad de interponer recurso de casación. José Francisco de Querol Lombardero, tras un interesante examen de las razones que las justifican, de su posible colisión con los derechos fundamentales de libertad individual y de presunción de inocencia y de su obligada restrictiva regulación desde el prisma constitucional y de las garantías contenidas en pactos y convenios internacionales, estudia la regulación, en el proceso penal militar, de las medidas cautelares sobre personas, analizando, en forma pormenorizada, la detención, la prisión preventiva, incomunicada y atenuada, y la libertad provisional, para, más adelante, abordar los temas concernientes a los recursos de casación y revisión en materia penal ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo estudiando, entre otros extremos, respecto al primero, el concepto y naturaleza del recurso, las resoluciones impugnables, los motivos de casación y la tramitación del recurso, y, respecto al segundo, las características de la revisión penal, sus motivos, la legitimación para interponerlo y el procedimiento.

Francisco Blay Villasante glosa el contenido del principio acusatorio formal en la Jurisdicción Militar, planteando la controvertida cuestión de la viabilidad de la aplicación supletoria del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sosteniendo, al efecto, con contundente, y, a nuestro juicio, incontrovertible, argumentación, apoyada tanto en fundamentos científicos como en doctrina de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo inequívocamente favorable a la admisibilidad del planteamiento de la "tesis" en la Jurisdicción Militar, la posibilidad de dicho planteamiento, analizando, mas adelante, la intromisión de los Mandos Militares Superiores en el principio acusatorio formal, en relación a la posibilidad de interponer recurso de casación contra un Auto de sobreseimiento definitivo instado o consentido por el Fiscal Jurídico Militar. José Luis Aranda Estévez estudia la intervención del Abogado del Estado en defensa de éste como responsable civil en el proceso penal militar, analizando la imputación de responsabilidades y la habilitación del Abogado del Estado para intervenir, planteando la interesante cuestión de la imprevisión legal acerca del frecuentísimo supuesto, en los delitos militares, en que es el Estado el que aparece como víctima, con la consiguiente desprotección de sus derechos y colocación del representante del Estado en insostenible situación (de "esquizofrénica" la califica) procesal, al verse obligado a adoptar las contrapuestas posiciones procesales de responsable civil subsidiario y actor civil. A su vez, José Leandro Martínez-Cardós

Ruiz lleva a cabo un pulcro examen de la regulación de la fijación de la cuantía de las indemnizaciones civiles, exponiendo las ideas que inspiran el proceso para la determinación de tal cuantía, el procedimiento para la determinación de la misma a partir de las bases establecidas en la sentencia y la ejecución de las indemnizaciones fijadas en concepto de responsabilidad civil, para, a continuación, contemplar la cuestión de la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado, realizando un detenido análisis del procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad. Carlos Pérez del Valle estudia, por su parte, la regulación del aseguramiento de las responsabilidades civiles, exponiendo los principios de proporcionalidad, urgencia y sumariedad que inspiran la adopción de medidas cautelares reales en el proceso penal con aquella concreta finalidad de aseguramiento, así como los aspectos comunes de la imposición, finalizando con el estudio de la fianza y sus clases, el embargo y la posibilidad de señalamiento a la víctima de pensión provisional. Lázaro Montero López, tras eruditas referencias de Derecho Histórico y Comparado, expone, extensa y pormenorizadamente, las funciones de los Auditores Presidentes de los Tribunales Militares. Por otro lado, Francisco Javier Díaz Molina, Estanislao Cantero Núñez, Miguel Cámara López, Jaime Maldonado Ramos y José Oliveros Rosselló, llevan a cabo sendas, cabales y acabadas exégesis de los preceptos de la Ley Procesal Militar que regulan cuestiones tales como las relativas a los Jueces Togados Militares Decanos, con especial detenimiento en su aspecto funcional, el régimen y funciones de los órganos judiciales, el período ordinario para las actuaciones judiciales, la audiencia pública, el turno de ponencias y la prueba anticipada y los Secretarios Relatores de Tribunales y Juzgados Togados Militares, el archivo y custodia de los documentos, con prolijo análisis del derecho de acceso a archivos y registros y sus limitaciones en el derecho positivo español, la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato, único procedimiento de carácter civil regulado en la Ley Adjetiva Castrense y la ejecución de lo juzgado, en cuanto encarnación del monopolio jurisdiccional de ejecutar lo previamente juzgado como reflejo del principio de legalidad incluido dentro de las garantías procesal y penitenciaria o de ejecución, analizando la competencia y la cooperación jurisdiccional en la ejecución, las anotaciones en el Registro Central de Penados y Rebeldes y en la documentación militar, la intervención en la ejecución del Ministerio Fiscal, de los defensores y letrados y el auxilio de las administraciones públicas, el expediente de acumulación de condenas y el tratamiento, en la acumulación, de la prisión preventiva, la ejecu-

ción de la sentencia absolutoria y la conclusión de la ejecución y archivo del procedimiento.

Carlos García Lozano centra su colaboración en el estudio de la incompatibilidad legal de los militares para actuar ante la Jurisdicción castrense, el alcance de la exclusión, las excepciones a la misma, y el planteamiento de la posible actuación del militar-abogado nacional de Estado Miembro de la Unión Europea. Germán Martínez Aznar lleva a cabo un estudio de los delitos conexos, en forma correlativa al estudio de los arts. 14 a 16 de la LOCOJM. que en el Tomo precedente realiza, aún cuando con referencia, aquí, a la finalidad de determinación del ámbito de distribución de competencias dentro de los órganos de la propia jurisdicción militar, con aportación de una serie de Sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo referentes al tema de la conexidad procesal. Alfonso Barrada Ferreirós aporta un extenso y meditado estudio de la regulación del ejercicio del Derecho de Gracia en la Jurisdicción Militar, a través de una precisa disección de la Disposición Adicional Octava de la Ley Procesal Militar, con detenido examen de la Ley de 1870, a cuyos preceptos da lectura a la luz de la Constitución, Ordenes del Ministerio de Justicia e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, exponiendo el objeto, procedimiento, resolución y efectos y las particularidades del régimen jurídico de las solicitudes y propuestas de indulto que se plantean en el ámbito de la Jurisdicción Militar, a través de la hermenéusis de las normas sustantivas y adjetivas contenidas en la aludida Disposición Adicional Octava y sus Reglas. A destacar también los trabajos de Gonzalo de Aranda y Antón sobre temas tan dispares como el tiempo en la actividad procesal penal militar, los actos de comunicación en el proceso penal de tal índole, el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias y las Disposiciones Derogatoria y Final de la Ley.

Francisco Fernández Segado analiza la Disposición Adicional Sexta de la Ley Procesal Militar, que dió nueva redacción al art. 12.1 de la LOCOJM., del que llevó a cabo cumplido examen en el Tomo I. Jesús Bello Gil, en cuidados trabajos, examina, con notorias profundidad y acierto, temas fundamentales como los concernientes, en primer lugar, a las resoluciones de los órganos judiciales, deteniéndose especialmente, tras referirse a diligencias, providencias y autos, en el estudio de la sentencia, en cuanto la más capital y trascendente de las resoluciones judiciales y razón última de todo el proceso penal, examinando los requisitos, formal, de la escritura, y material, en cuanto a su contenido, de la congruencia, en el

sentido de exhaustividad, pasando, a continuación, a exponer la estructura externa conforme a la cual ha de construirse, y, en segundo término, al proceso de formación de la sentencia, con minuciosa exposición de las diferentes fases u operaciones que el mismo abarca, cuales la deliberación, votación (con referencia a los modos de dirimir las discordias y a la forma de redacción y publicidad de los votos particulares de quienes no convengan con la mayoría), redacción y firma, lectura y notificación y posibilidad de aclaración de sentencias y autos. Arturo Beltrán Núñez, tras una exposición de las disposiciones generales que, respecto al sumario, contiene la Ley Procesal Militar, con especial detenimiento en el análisis de su naturaleza, la posición institucional del Instructor, la preocupación del legislador por garantizar los principios de contradicción e igualdad de armas y en el carácter secreto de las diligencias sumariales, examina la normativa atinente a la identificación del delincuente y la comprobación del delito, con detenida exposición de las peculiaridades recogidas en la Ley Rituaria Castrense relativas a la posibilidad de mantener reservados, total o parcialmente, los extremos de la diligencia de identificación del delincuente, a la forma de practicarse el reconocimiento en rueda, a las normas sobre observación y, en su caso, tratamiento del inculpado que presente síntomas de enajenación, a la actuación médica en caso de delito con resultado de muerte o lesiones y a la posibilidad de aportar al sumario, como pruebas documentales, o cuasi-documentales, películas cinematográficas, vídeos, microfilms, diapositivas, radiografías, grabaciones sonoras o visuales o cualquier otro medio que pueda reproducir visual o fónicamente; finalmente, el autor estudia la regulación de la práctica de las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado y de la intervención de libros, papeles y correspondencia y comunicaciones, con especial detenimiento en la cuestión de las intervenciones telefónicas o radiofónicas y de la grabación de actividades.

José Rojas Caro glosa la articulación legal del deber de prestar testimonio, las exenciones, bien de declarar, bien de concurrir pero no de declarar y la dispensa de contestar preguntas que incriminan, las sanciones del incumplimiento del deber de declarar o comparecer, las solemnidades de lugar, forma y mecánica de la declaración, la prueba testifical anticipada y la práctica y requisitos de la diligencia de careo, haciendo, a continuación, una exégesis de la regulación legal de la procedencia y práctica de la prueba pericial, con previa referencia a la designación y deberes de los peritos; finalmente, y tras analizar la apertura del juicio oral, el trámite de conclusiones provisionales y los posteriores a la evacuación de éstas,

lleva a cabo un detenido y luminoso examen de los artículos de previo y especial pronunciamiento, comentando cada una de las cuestiones o excepciones que contempla, taxativamente, el art. 286 de la Ley Procesal Militar y haciendo una detenida exposición de la tramitación del incidente, para, a continuación analizar la conformidad en tanto medio de acortar el proceso y llegar, sin juicio, a la sentencia, señalando, a tal efecto, como supuestos posibles, los de conformidad con la acusación, antes o durante la vista, y conformidad con la sentencia, aquietándose con ella y dejando transcurrir los plazos previstos para interponer recursos sin hacerlo; finalmente, el autor hace una extensa, pormenorizada y atinada exposición de la celebración de la vista del juicio oral, analizando los principios que la rigen, fundamentalmente en el orden temporal y en el formal, mediante la continuidad y publicidad de las sesiones, las facultades del Auditor Presidente respecto a la mecánica del juicio oral y al mantenimiento del orden en la vista, el desarrollo de ésta, a través del examen de los actos procesales a realizar en ella, la práctica en general de la prueba y de las diversas pruebas en particular, con especial detenimiento en el desarrollo de la de testigos, el concepto y caracteres de las conclusiones definitivas, la modificación de las provisionales y la retirada de la acusación por el Fiscal, planteando, con criterio distinto, por negativo, pero también sólidamente fundado, al de Blay Villasante, la posibilidad de que en el proceso militar el Tribunal plantee la "tesis", los informes de las partes, la última palabra del acusado, la declaración de la vista conclusa para sentencia, y la documentación de la misma por el Secretario en el Acta de la sesión o sesiones en que dicha vista se hubiere desarrollado.

José Manuel de Claver Valderas en, como ya nos tiene acostumbrados, rigurosos trabajos, analiza, extensamente, las diferentes clases de procedimientos judiciales militares, sumarios y diligencias previas, y los modos de inicio de los mismos, examinando la obligación de denunciar, para militares y civiles, los elementos subjetivos, materiales y formales de la denuncia, los efectos de ésta tras su presentación, la resolución judicial de desestimación o inadmisión de la denuncia que habrá de ser expresa y motivada, adoptando forma de Auto, y los efectos de éste, la responsabilidad penal derivada de la denuncia y la asignación de valor de tal al atestado policial; respecto al parte militar, concebido como acto característico de las FAS, y variedad o especie del género denuncia, expone sus elementos subjetivos, formales y materiales, y sus efectos; la posibilidad de inicio del procedimiento mediante querrela es objeto de una prolija consideración, con examen de la legitimación para ser querellante, si bien con las

excepciones propias del proceso penal militar de imposibilidad de ejercicio en tiempos de guerra o cuando exista relación jerárquica de subordinación entre ofendido o perjudicado e inculpado, sin posibilidad de concurrencia de acusador popular ni acusador privado, y con aportación, y crítica, de abundante doctrina jurisprudencial al respecto; a continuación, examina el autor, con idéntica profundidad científica, la regulación de las diligencias previas, y su naturaleza y finalidad, dirigida a dilucidar, en un primer enjuiciamiento, la admisibilidad del acto procesal de excitación recibido por el operador jurídico, si bien en el momento en que se constata la posible comisión del delito deberá acordarse la formación de sumario o diligencias preparatorias, lo que distingue estas diligencias previas de sus homónimas del proceso penal común, y el recurso de apelación de que puede ser objeto el auto por el que se adopte cualquiera de las medidas por las que, según el art. 141 de la Ley Procesal Militar, debe ponerse fin al procedimiento; por último, analiza el atestado militar, su concepto, naturaleza, relación con el atestado policial ordinario y distinción con respecto a las diligencias sumariales y su valor jurídico procesal.

Fernando Marín Castán estudia, extensamente, las cuestiones concernientes a la ejecución de las penas de pérdida y suspensión de empleo, analizando los efectos consecuentes al carácter permanente de la primera y su armonización con la actual legislación administrativa sobre régimen del personal militar profesional y militares de empleo, y a la ejecución de la suspensión de empleo, obviando la dificultad de determinación del contenido y efectos de las penas de confinamiento y destierro al concluir que es el estatuido por los correspondientes preceptos, de aplicación subsidiaria, del Código Penal, y, finalmente, la regulación de la demencia sobrevinida durante la fase de ejecución de la pena. Juan Antonio Pérez Parente hace una rigurosa exposición de la problemática que, en el ámbito castrense, plantea la suspensión de condena, básicamente aplicable, según reciente doctrina jurisprudencial, a quienes, al momento de ser reos penados, no posean la condición de militar, estudiando la posibilidad de revocación del beneficio y la remisión definitiva por el transcurso del plazo de suspensión, procediendo, tras ello, al análisis de la cancelación de antecedentes penales.

Pascual García Ballester lleva a cabo un extenso y estricto estudio de la Fiscalía Jurídico Militar, con examen de su posición institucional y funcional, su organización y misiones, realizando, a continuación, un exhaustivo examen de la práctica de diligencias informativas, con minucioso análisis de sus fases, las diligencias en concreto que pueden ser practi-

cadassu valor y las consecuencias que de ellas pueden derivarse, finalizando con el análisis de la posición dinámica del Fiscal Jurídico Militar en el proceso penal y su ubicación física en estrados. Luis Fernández de Henestrosa y Balmaseda analiza el procedimiento judicial sumarísimo, para caso de guerra, examinando dicho ámbito temporal, los órganos que lo aplican, reos sujetos al procedimiento, delitos enjuiciables y tramitación, con referencia a la del sumario, conclusión de éste, fase de juicio oral y diligencias posteriores a la celebración de la vista, con la particularidades de la notificación de la sentencia sólo a los defensores y la admisión del recurso de casación en beneficio del reo en todos los casos en que se imponga, lo que ya resulta legalmente imposible, pena de muerte. Leopoldo Estévez Sánchez hace un meritorio estudio de los recursos que pueden interponerse contra las resoluciones en el sumario de los Juzgados y Tribunales, con individualizado examen de los de apelación, queja y súplica. Luis Miguel Maside Miranda, analiza la Disposición Adicional Séptima de la Ley Procesal Militar, llevando a cabo un completísimo estudio de Derecho Comparado, del marco espacial de aplicación de la Ley Penal y de la aplicación ultraterritorial de ésta, con esclarecedora exposición de la práctica española en materia de cooperación militar, con concreta referencia a la OTAN y a la UEO, y un muy actual análisis final de la problemática derivada de las operaciones de mantenimiento de la paz y de la cooperación para el enjuiciamiento y castigo de crímenes internacionales consecuente a la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por último, Francisco Javier de Mendoza Fernandez, José Alberto Fernández Rodera y Luis Alberto Balbontín Pérez, aportan respectivos y lucidos trabajos referentes al procedimiento contra reos ausentes, con especial examen de la requisitoria y el concepto y efectos de la rebeldía, y al procedimiento para las faltas penales, el primero; al modo de proceder por causa de responsabilidad penal contra las personas en funciones judiciales militares, señalando el concepto, naturaleza, fundamentos y virtualidad en el ámbito castrense del antejuicio, la competencia para conocer de él y las distintas fases de su tramitación y efectos, el segundo; y, finalmente, el último de los citados dedica un afinado estudio al examen de los derechos del inculpado en el proceso penal, analizando la inculpación extraprocesal y la judicial y sus modalidades, los derechos del inculpado procesal y los efectos administrativos de la atribución del estatuto de inculpado.

En conclusión, y como resulta de cuanto ha quedado expuesto, nos hallamos ante la obra tal vez más ambiciosa de la historia científica del

Derecho Militar español, en su aspecto adjetivo, referente a las materias orgánica y procesal, no ya sólo por lo que se deriva de su propia materialidad, sino, ante todo, por cuanto resulta del sobresaliente nivel científico que, en general, y no obstante la imposibilidad, connatural a toda obra colectiva, de una pareja calidad, alcanzan las colaboraciones que la integran, por lo que viene a constituir, en suma, una decisiva aportación al estudio y comprensión, en su integridad, de la Jurisdicción Militar española.

Fernando Pignatelli y Meca

MILLÁN GARRIDO, A., RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. y CALDERÓN SUSÍN: *Los delitos contra la prestación del servicio militar (Comentarios a la reforma del Código penal y el Código penal militar por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre)*. Barcelona, JM Bosch Editor, 1995, 608 págs.

El libro se inserta en el centro de un acalorado debate que acontece en el seno de nuestra sociedad. En los últimos tiempos hemos podido observar la aparición de diferentes posturas contrarias al servicio militar: posturas que van desde antimilitarismos globales hasta pretensiones de puesta en escena de unas fuerzas armadas profesionales. Se puede afirmar que hoy la polémica en torno al servicio militar, al objetor de conciencia, a la respuesta penal a la insumisión, está muy lejos de llegar a un punto de acuerdo. Al contrario, las posturas parecen radicalizarse cada vez más, mientras jueces y tribunales contribuyen, con su disparidad de criterios, a crear un clima de profundo conflicto social.

En medio de todo ello aparece esta obra, fruto de un trabajo de una serie de autores que coinciden en la necesidad, hoy por hoy, de intervención del Derecho Penal como medio de protección del servicio militar. Ahora bien, no significa ello que no encuentren importantes reparos a la respuesta penal tal y como está articulada en la actualidad, o que no planteen interesantes propuestas como, por ejemplo, la de la futura sustitución de unas Fuerzas Armadas mixtas (tal y como están constituidas hoy) por un ejército profesional (solución por la que parece decantarse Millán Garrido).

En este estado de cosas, la obra cuyo análisis pretendemos realizar tiene como objeto el estudio de una serie de figuras delictivas destinadas a la protección jurídico penal de la prestación del servicio militar.

Estamos ante una monografía en la que predomina, como principal característica, pese al número plural de sus autores, la de su indudable coherencia interna, tal y como ya destaca en el Prólogo Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Y no por afán de repetición, sino con ansias de destacar dicho carácter cabe decir que la lectura de esta obra nos clarifica extraordinariamente

la situación que rodea la prestación del servicio militar. Se desprende en todo momento un enfoque de la obra con caracteres de homogeneidad y preocupación por ofrecer una visión global y unitaria de los diferentes tipos delictivos destinados a la protección, como más adelante se precisará, tanto del deber de prestar el servicio militar como del deber de cumplimiento de las demás obligaciones militares. Ahora bien, dicha visión global no se va a detener en ningún momento en un simple —e importantísimo— análisis dogmático de las diferentes figuras típicas, sino que va a procurar al lector un enfoque de la realidad social, tremendamente compleja, que rodea la problemática relativa al servicio militar.

A medida que vaya desgranando el contenido de las reflexiones de los autores, iremos apercibiéndonos de ese hilo conductor que hará que en todo momento tengamos constancia del punto exacto de la temática en el que nos encontramos y que, a su vez, nos permitirá mantener vivo, y aun en constante progresión, nuestro interés por el libro.

Tras una fase de introducción que situará perfectamente el objeto de estudio, sugiriéndonos las principales cuestiones que envuelven la correspondiente figura y realizando, normalmente, una serie de referencias al Derecho comparado, nos vamos adentrando en el análisis profundo del tipo, análisis que, además de estudiar a fondo todos y cada uno de los elementos del delito correspondiente, contemplará también una crítica y una serie de propuestas *de lege ferenda* que nos otorgarán una visión plural del problema, de tal forma que cada lector pueda llegar a la formación de una opinión propia. Por otra parte, se hacen constantes referencias a las múltiples posiciones doctrinales suscitadas en torno a cada figura, lo que va a permitirnos completar aquella visión plural, imprescindible en cualquier circunstancia, cuando de formar una opinión libre se trata.

Ante todo, hay que destacar el papel esquematizador y orientador desempeñado por el bien jurídico, consistente en la Defensa Nacional, que se ve puesta en peligro por la infracción del deber de prestación del servicio militar entendido como «obligación impuesta o voluntariamente asumida, de prestar servicio a las armas en los términos establecidos por la ley», así como en el deber, en su caso, de cumplir las demás obligaciones militares, obligaciones que Rodríguez-Villasante y Millán Garido concretan en aquellas obligaciones que se derivan del cumplimiento de servicios en las Fuerzas Armadas en los supuestos de movilización nacional, en los términos previstos en el artículo 1.º.2 de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, del Servicio Militar (LSM).

Ahora bien, tal y como señalan los autores, no nos encontramos ante delitos pluriofensivos —dedicados a la protección de los diferentes bienes jurídicos— ni ante delitos en los que se produzca una gran confusión en torno al bien objeto de tutela. Estamos ante un único bien jurídico, concreción, eso sí, de bienes jurídicos más amplios como son la defensa militar o, más genéricamente, la Defensa Nacional; intereses por otro lado, derivados directamente del artículo 8º de la Constitución, al establecer que las Fuerzas Armadas «tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

En todo caso, los autores dejan constancia del hecho de que no nos encontramos ante figuras que penalicen la mera infracción de deberes, cuyo fin último sería el de proteger no un verdadero interés o valor, un verdadero bien jurídico —con lo cual se atentaría contra el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos— sino el mero cumplimiento de deberes legales.

Como he señalado, el bien jurídico citado desempeña un papel fundamental, pues va a permitir orientarnos en el estudio y comprensión de las diferentes figuras delictivas. Efectivamente, los distintos capítulos del libro se van estructurando en torno al siguiente esquema: delitos comunes, ubicados en el Código Penal, donde el sujeto activo no se ha incorporado todavía a las Fuerzas Armadas; y delitos militares, recogidos en el Código Penal Militar, y cuyo sujeto activo tiene la condición de militar.

Entre los delitos comunes, se hace un estudio pormenorizado de los supuestos de falta de incorporación de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares —artículo 135 bis h) del Código Penal— y de negativa a prestar al servicio militar u otras obligaciones militares: artículo 135 bis i) del Código Penal. Por otra parte, dentro de los delitos militares nos encontramos con el delito de desobediencia permanente al cumplimiento de las obligaciones militares, tipificados en el artículo 102.3 del Código Penal Militar; y las figuras contra el deber de presencia en el servicio militar, o sea, el delito de desertión y los delitos de ausencia arbitraria, ubicados respectivamente en los artículos 120 y 119-119 bis del Código Penal Militar.

Tras las anteriores reflexiones en torno al bien jurídico podemos adentrarnos ya en el análisis de algunas cuestiones de especial relevancia dentro de las diferentes figuras delictivas.

En cuanto al delito de falta de incorporación a filas —artículo 135 bis h) del Código Penal—, cabe destacar que nos encontramos ante una figu-

ra de nuevo cuño por lo que a su ubicación el Código Penal común se refiere. Efectivamente, estamos ante una figura radicada, antes de la reforma operada por la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, en el artículo 124 del Código Penal Militar. Urge pues, la pregunta sobre la razón de este cambio, señalando Millán Garrido que se debe a la voluntad de excluir de la competencia de la Jurisdicción Militar esta figura. De modo que, al margen de otras innovaciones del artículo 135 bis) del Código Penal Militar —entre ellas, por ejemplo, las referentes a la penalidad y a su ámbito material—, la finalidad última es de tipo competencial, de sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

Valora aquel autor dicha alteración competencial como «políticamente oportuna», pues al margen de quedar igualmente protegido el deber de prestación del servicio militar, se va a evitar con ello «enfrentamientos utilizados desde las posiciones antimilitaristas más radicales» permitiendo, además, «equipar plenamente, a efectos punitivos, estos delitos y sus correlativos de la prestación social». En definitiva, a partir de la reforma legislativa operada en 1991 se consigue que la legislación militar no se aplique a sujetos todavía no incorporados a las Fuerzas Armadas, aunque cabe tener presente que la solución anterior —o sea, el sometimiento de estos sujetos a la legislación militar—, si bien es políticamente desaconsejable, se mantiene en el contexto constitucional, tal y como ya había resuelto el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 60/1991 de 14 de marzo.

En referencia al delito de negativa a la prestación del servicio militar —artículo 135 bis i) del Código Penal—, se nos plantea en toda su crudeza la problemática de la objeción de conciencia al servicio militar y de la insumisión.

Tras destacar las ventajas e inconvenientes que ofrece el modelo consistente en unas Fuerzas Armadas voluntarias, y dejar claro cuál es el modelo español de servicio militar —unas Fuerzas Armadas mixtas, integradas en diferente proporción por militares voluntarios y militares de reclutamiento forzoso—, afronta Rodríguez-Villasante la tarea de introducirnos en la comprensión —y consiguiente diferenciación— de los términos desobediencia civil, objeción de conciencia e insumisión.

Comparte este autor la opinión de Millán Garrido en torno al sistema español de objeción de conciencia: si bien hay algunos aspectos de la legislación vigente cuando menos cuestionables —la negación de la objeción de conciencia sobrevenida, la mayor duración de la prestación social sustitutoria,...— considera que el sistema puede estimarse como positivo,

por cuanto mantiene, por una parte, «un acertado equilibrio entre específicos valores individuales y las exigencias derivadas de la Defensa Nacional» y, por otra parte, «conforma uno de los sistemas más progresistas dentro del contexto social europeo».

Finalmente, por lo que se refiere a las dos figuras delictivas hasta el momento comentadas, constatan Millán Garrido y Rodríguez-Villasante que la diferencia entre una y otra figura radica en que el delito de falta de incorporación a las Fuerzas Armadas se consuma en cuanto se omite la presentación en el día y lugar señalados, mientras que el delito de negativa a la prestación del servicio militar requiere para su consumación típica la necesidad de exteriorizar la voluntad de rechazar el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares, además de la falta de incorporación en el día señalado.

El fundamento de la mayor penalidad del delito de negativa a la prestación del servicio militar radica en que supone un rechazo permanente al cumplimiento de dicha prestación. Concuerdan los autores, además, en la *excesiva penalidad asociada a la realización de estas figuras; penalidad que resulta «desproporcionada», «severa» y «materialmente injusta»*. La única explicación plausible para comprender la razón de estas penas es la de conseguir su equiparación en relación a las figuras paralelas previstas para los delitos de falta de incorporación a la prestación social sustitutoria —artículo 2.º.2 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, de Régimen de Recursos en caso de Objeción de Conciencia y Régimen Penal- y de negativa al cumplimiento de dicha prestación —artículo 2.º.3 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria—.

El capítulo tercero de la obra está dedicado al análisis del delito de desobediencia en el cumplimiento de las obligaciones militares o la negativa del militar a seguir siéndolo, recogido en el artículo 102.3 del Código Penal Militar. Es ésta una figura que va a ser sometida a severa crítica, propugnándose su cambio de ubicación sistemática o, más contundentemente, su desaparición.

Efectivamente, nos muestra Calderón Susín los graves defectos y carencias de que adolece esta figura delictiva: desde la inapropiada ubicación en el artículo 102 del Código Penal Militar, precepto dedicado a la regulación del delito de desobediencia, intentando el legislador «hacer pasar por desobediencia algo que no lo es», pasando por la amplitud y grandes diferencias de los supuestos recogidos y hasta las enormes deficiencias técnicas del párrafo tercero del artículo 102 del Código Penal Militar.

Como posible fundamentación de esta figura típica se nos ofrece una doble argumentación: la consistente en «extender la competencia de la jurisdicción castrense a las negativas del ya militar a cumplir el servicio militar, en filas o profesionalmente», y la de la necesidad de reprimir la obediencia sobrevenida, no reconocida por la Ley 48/1984.

Por último, y en relación al presente delito de desobediencia permanente, resalta Calderón Susín el grave atentado que, a consecuencia de esta regulación sufre la libertad, concretada en esta ocasión en la posibilidad de una persona de escoger aquella actividad profesional que quiera ejercer. En efecto, la inclusión en el precepto del militar profesional, establecido como consecuencia a su intención de no seguir en la profesión, nada más y nada menos que una pena privativa de libertad parece llevarnos a una situación de flagrante ataque a los más elementales postulados de justicia. Se amenaza a un sujeto que ya no quiere permanecer en su profesión con recluirla en la institución de «mayor arraigo» de nuestro sistema penal: la cárcel.

Y hay que señalar, al respecto, que es una situación nueva: desde siempre existió la posibilidad en nuestro Ordenamiento jurídico de «obtener en cualquier tiempo, y cualquiera que fuera la situación militar del interesado, el retiro voluntario». En cambio, tras la aparición de la Ley 17/1989 de 19 de julio del Régimen del Personal Militar Profesional y su posterior desarrollo reglamentario, el militar profesional sólo podrá perder su condición de militar tras el previo cumplimiento de unos plazos mínimos de servicios efectivos. De esta forma, el militar profesional que, por cualquier motivo (entre ellos, obviamente, la objeción de conciencia sobrevenida), desee abandonar la milicia antes del transcurso de dichos plazos, tendrá como única solución posible la de la comisión de un delito: bien el del artículo 102, bien el del artículo 120 (deserción).

En conclusión, las personas que en manifestación de su libertad hayan escogido como actividad profesional a desempeñar la del servicio en las Fuerzas Armadas, desde el momento de su incorporación en las mismas verán restringida aquella libertad, pues a partir de entonces no podrán escoger ya la profesión que deseen, es decir, no podrán modificar su anterior decisión, por lo menos no antes del transcurso de unos ciertos plazos de tiempo, de forma que mientras otras personas pueden cambiar de profesión (otra cosa son las consecuencias económicas que ello pueda conllevar), el militar profesional que rehúse de forma permanente el cumplimiento efectivo de sus obligaciones militares, obtendrá por toda respuesta la de ser castigado con una pena mínima de dos años y cuatro meses de prisión.

Comparto, con el autor, la opinión de que estamos ante una situación inadmisibile, de auténtico ataque frontal a la libertad de las personas, libertad que aparece en nuestro texto constitucional como uno de los valores superiores (cuando no el que más) de nuestro Ordenamiento, y que, al ser suprimida durante un cierto plazo de tiempo, va a dejar en situación de desamparo a aquellos sujetos que quieran ejercerla.

En los capítulos IV y V del libro, realiza Millán Garrido un análisis de los delitos contra el deber de presencia en el servicio militar. Hemos de distinguir aquí entre dos grandes modalidades delictivas: la desertión —artículo 120 del CPM— y la ausencia arbitraria —artículos 119 y 119 bis) del CPM—. El establecimiento de estas dos modalidades delictivas va a suponer la introducción en nuestro Ordenamiento del llamado por los autores sistema espiritualista a la hora de afrontar la «configuración técnico-legislativa de las infracciones contra el deber de presencia».

El sistema espiritualista, consecuencia del subjetivismo, viene caracterizado por la incorporación de elementos anímicos —en este caso, el de la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares— en la descripción típica del delito de desertión. De esta forma, ante las diferentes soluciones posibles —sistema formalista, en el que se atiende a elementos objetivos, generalmente el transcurso de unos plazos; sistema espiritualista; y sistema mixto, fruto de la conjunción de elementos objetivos y elementos subjetivos— se opta por un criterio subjetivista que estimamos, de acuerdo con el autor, como el más acorde con las exigencias político-criminales y la realidad criminológica que rodea este tipo de conductas. No parece obstáculo para su estimación como sistema más adecuado el de las dificultades probatorias que comporta toda referencia a elementos anímicos.

Por otra parte, y aun siendo el mismo el bien jurídico protegido por los delitos contra el deber de presencia en el servicio militar, consideramos —al igual que constata el autor— que existe una profunda diferencia entre la conducta de aquel sujeto que se ausenta con intención de no regresar, o sea, de sustraerse permanentemente de las obligaciones militares, y la de aquel otro sujeto que, de forma intencionada o imprudente, no regresa al finalizar el permiso concedido, o se ausenta sin autorización, pero al que le falta, en todo caso, la intención de eludir sustancial o totalmente, y de manera permanente, el servicio.

Al margen de otra serie de cuestiones, abordadas con gran rigor y claridad expositiva por el autor (como la delimitación de la condición militar del sujeto activo; la diferenciación entre el militar profesional y el militar

de reemplazo; la inclusión en uno u otro grupo de los alumnos de las Academias y Escuelas Militares,...) nos va a mostrar Millán Garrido la configuración definitiva del cuadro de infracciones contra el deber de presencia, tal y como ha quedado delimitado tras la L.O. 13/1991. La clasificación que nos ofrece en la presente obra es la siguiente: delito de desertión (artículo 120 del Código Penal Militar); delitos de ausencia arbitraria (artículos 119 y 119 bis bis) del Código Penal Militar); delitos de quebrantamientos especiales del deber de presencia (artículos 121 a 123 del Código Penal Militar) y faltas de ausencia, recogidas en la L.O. de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y en la L.O. del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

El delito de desertión se caracteriza por la presencia en el sujeto activo —militar profesional o de reemplazo— del ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, elemento anímico que acompaña a su conducta de ausentarse de su unidad, destino o residencia.

El delito de ausencia arbitraria se configura, a su vez, por la ausencia de aquel ánimo en el sujeto activo —también militar profesional o de reemplazo— y donde se distinguen dos formas: una forma propia, en la que el militar se ausenta injustificadamente de su unidad, destino o lugar de residencia, pudiendo hacerlo, transcurridos los plazos correspondientes.

Los delitos de quebrantamientos especiales del deber de presencia son figuras en las que no se requiere una especial intencionalidad ni rigen, tampoco, los plazos, de tal forma que su consumación se produce con la mera infracción del deber de presencia.

Entre las faltas de ausencia podemos distinguir las faltas graves —recogidas en los artículos 9º.23 de la LDM y 8º.10 de la LDGC— y faltas leves —recogidas, a su vez, en los artículos 8º.9 de la LDM y 7º.6 de la LDGC—.

Finalmente, en el capítulo VI de la obra, realiza RodríguezVillasante una serie de reflexiones acerca de los motivos y consecuencias de la derogación del artículo 105 del CPM, precepto que contenía la justificación de conducta de abuso de autoridad en determinados delitos flagrantes. Tras dejar constancia de la naturaleza de causa de justificación de aquel precepto —rechazando, por tanto, la configuración del mismo como excusa absolutoria—, se adentra el autor en el estudio de las consecuencias que se derivan de la derogación de este precepto, entendiéndolo que ello no significa que a partir de la misma haya de entenderse que cualquier recurso a las vías de hecho por parte del superior tendentes a evitar la comisión de

determinados delitos flagrantes, sea en todo caso, antijurídica, por cuanto queda subsistente la aplicabilidad de los preceptos de la parte general del Código Penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.º del CPM.

Tras los comentarios hasta el momento realizados, en los que se ha pretendido destacar la profundidad, el rigor y el extraordinario tratamiento sistemático otorgado por los autores a la obra, sólo nos queda ya reseñar la sensación de haber alcanzado, con la lectura de este importante trabajo de investigación científica, una mayor comprensión de toda la problemática social, política y jurídica que gira alrededor de esta serie de figuras delictivas; esta circunstancia que consideramos va a permitir al lector adquirir la madurez necesaria para poderse formar un estado de opinión acerca de todo aquello que rodea el servicio militar, dada, además, la actualidad que ha adquirido en nuestros días el debate en torno al mismo. *En definitiva, se trata de una monografía francamente recomendable y que puede ser muy útil para cualquier persona culta interesada en la temática del servicio militar.*

Eduardo Ramón Ribas

VERGE GRAU, Juan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona. José M^a Bosch, editor, 1994.

La obra del profesor Vergé Grau, cuyo objeto —en palabras del propio autor— es «el estudio de las garantías que el principio acusatorio comporta para la defensa del imputado», posee la virtud de analizar y poner de relieve todas las grandes cuestiones que surgen en la actualidad en torno a la figura del imputado en nuestra vigente legislación procesal penal y sus dos instituciones fundamentales, el procedimiento ordinario — para delitos graves— y el procedimiento abreviado. Para ello, el autor realiza una primera delimitación y descripción de la evolución histórica y los caracteres de los sistemas procesales acusatorio, inquisitivo y mixto, que finaliza con una aproximación a los caracteres del proceso de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se diseñó un sistema mixto en el que predomina claramente el sistema acusatorio, sobre todo, tras las reformas operadas después de la Constitución de 1978.

Tras estas iniciales precisiones, se ocupa el autor, centrándose ya en el concreto objeto de la obra, del análisis de las garantías del imputado en las tres fases procesales, la instrucción, la fase intermedia y la del juicio oral. En la primera de ellas, se pone de relieve la necesidad de una inicial precisión terminológica respecto del concepto de *imputado*, a la vista de la ausencia de una expresa declaración legal; así, la mayoría de la doctrina se muestra coincidente en calificar como tal a aquella persona sobre la que existe la “sospecha”, por parte del juez instructor, de que ha podido cometer un acto punible, circunstancia que determinará el nacimiento para él de una serie de derechos y garantías en el seno del proceso. Pese a aquella ausencia de expresa declaración legal, considera el profesor Vergé que la amplia declaración del actual art. 118 LECrim. «permite una generosa interpretación del momento en que nace la imputación y, en consecuencia, el correlativo derecho a la defensa. En todos los supuestos se trata de una *imputación*, explícita o implícita, a la que el ordenamiento jurídico y el propio juez dota de ciertas garantías de verosimilitud y que, de alguna forma, el Juez tiene que comunicar al imputado». Tras el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de dicho art. 118, se

ocupa el autor de analizar la necesidad de notificación de la imputación, sus requisitos de forma, lugar y tiempo y sus efectos, de entre los que destaca, lógicamente, el efecto principal de «desplegar los derechos de la defensa, en toda la extensión permitida en esta fase de instrucción que, con algunas restricciones (arts. 302, 520, bis y 527) es, hoy en día, plenamente contradictoria»; se analizan también otras cuestiones de interés, tales como la autodefensa, la *necesidad* del nombramiento de letrado desde el momento de la imputación, la igualdad de partes en la fase instructora y su participación en todas las diligencias de investigación del delito. Finaliza esta parte dedicada a la primera fase procesal con el estudio del procesamiento («mediante el cual se imputa formalmente a una persona determinada la comisión de un hecho punible que reviste los caracteres de delito»), sus principales funciones (comprobación de la imputación, fijación del sujeto pasivo del proceso y, para algunos autores, determinación del objeto procesal) y la trascendente cuestión de la supresión del procesamiento en el procedimiento abreviado; todo ello, poniendo especial énfasis en el objeto de la obra, esto es, en las garantías del imputado, sea o no sometido a procesamiento.

En cuanto a la fase intermedia, después de poner de relieve su significado y funciones — la decisión sobre la apertura del juicio oral, examinando si concurren los presupuestos de éste (entre los que se exigen la existencia de un acusador y su solicitud de la apertura del juicio) y depurando el procedimiento complementando el material instructorio y, si fuere preciso, la imputación. El análisis de las garantías del imputado en esta fase intermedia concluye con el de los diferentes trámites procesales en que se desenvuelve, tanto en el procedimiento por delitos graves como en el abreviado.

La obra se cierra con el estudio de las garantías del imputado en la última fase de proceso, el juicio oral, en la que destacan las que derivan de la fijación del objeto del proceso, sus efectos y condicionamientos; en este extremo realiza el autor un muy completo estudio analítico de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional poniendo especial énfasis en los diversos aspectos derivados de los derechos a ser informado de la acusación, a la defensa y a un juicio justo. Finaliza Vergé Grau su obra ocupándose de una cuestión del máximo interés, los condicionamientos que las garantías del imputado comportan para la tesis del Tribunal y las posibilidades de cambiar la calificación realizada por la acusación con o sin modificación fáctica, mediante un estudio pormenorizado de los diferentes aspectos prácticos, doctrinales y —fundamentalmente—jurispruden-

ciales que surgen en torno a la cuestión, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado.

Podemos concluir, con el prólogo del profesor Serra Domínguez, que la obra comentada «tiene un especial interés por tratarse —su autor— de un jurista que hasta el momento se había dedicado principalmente al estudio de materias propias del derecho procesal civil y al mismo tiempo por revelar las cada vez más profundas contradicciones existentes entre las reformas procesales penales y la Constitución [...] Para quien desde la claridad de ideas conseguida con el estudio del proceso civil se enfrenta por primera vez con la problemática del proceso penal le resulta ciertamente difícil comprender el relativo atraso de este último, sobre todo teniendo en cuenta que es precisamente en el ámbito penal donde deberían aumentarse las garantías constitucionales del proceso».

Alfonso Barrada Ferreirós

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Ed.): *El servicio militar: Aspectos jurídicos y socio-económicos*. Madrid, Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, 1994. 315 pág.

Puede afirmarse que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, es el servicio militar uno de los temas más polémicos, dentro del marco de una controversia que, entre nosotros, presenta singulares particularismos. No se recuerda un debate de estas características desde aquel otro que tuvo lugar, en los primeros tiempos de la transición política, sobre la propia misión de los Ejércitos en un Estado democrático.

El primer apartado del artículo 30 de nuestra Carta Magna afirma que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España», para señalar, a continuación, en el segundo, que «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio». El cumplimiento de esta reserva de ley del servicio militar obligatorio, que el texto constitucional alude expresa aunque indirectamente, se inició con la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los *Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar*, que recogió, precisamente, su carácter obligatorio (art. 36).

Sin embargo, no será sino en 1984 (hasta esa fecha, el servicio militar se encontraba regulado por una normativa preconstitucional: la Ley 55/1968, de 27 de julio, y su Reglamento, aprobado por Decreto 3087/1969, de 6 de noviembre) cuando se promulgue la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar. Esta Ley, junto al Reglamento de desarrollo (Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo), estableció «un sistema de reclutamiento ágil, flexible y eficaz, único para todas las Fuerzas Armadas, que, sin detrimento de los intereses de la Defensa Nacional, respete los derechos de los ciudadanos y facilite el cumplimiento del servicio militar y constituya un instrumento de trabajo funcional que permita a los órganos de reclutamiento dar solución correcta a cuantas situaciones particulares pudieran presentarse y proporcionar a los ciudadanos la adecuada información».

Esta finalidad se concretó en una serie de innovaciones entre las que destacaron, como el propio Reglamento señalaba en su preámbulo, la atri-

bución de la dirección del reclutamiento al Ministro de Defensa, la Dirección General de Personal como órgano central de ejecución, la organización de los centros provinciales de reclutamiento, funcionalmente dependientes de la Dirección General de Personal, la reducción de requisitos para la concesión de las prórrogas de incorporación a filas, la citación expresa de las alegaciones y recursos que en cada momento podían ser presentados, una nueva regulación del voluntariado especial, más acorde con las necesidades operativas de las Fuerzas Armadas, y el establecimiento de un sistema de determinación y distribución del contingente, en el cual el Gobierno fijaría anualmente la cuantía de los efectivos a incorporar a filas el año siguiente.

A pesar de estas mejoras sustanciales, en la opinión pública —y no sólo española— comenzaba a intensificarse en esta época un amplio y extenso debate, que aún perdura, fundamentalmente centrado en dos vertientes: por un lado, con carácter genérico y minoritario, la propia existencia de los Ejércitos, y por otro, más específico y primordial, la conveniencia de mantener el servicio militar obligatorio.

Distintos y numerosos factores de toda índole han propiciado además una gran contestación social a este derecho-deber constitucional. Acontecimientos internacionales como la caída del muro de Berlín o las últimas confrontaciones armadas, especialmente cruentas, razones de naturaleza económica o ideológicas, pero, sobre todo, opiniones críticas sobre la propia naturaleza de la prestación, que la califican como inútil, peligrosa, impositiva, discriminatoria, no compensada económicamente, con malas condiciones de vida o de una duración excesiva, son determinantes en el cuestionamiento del servicio militar. Estas circunstancias han dado lugar a un aumento sin precedentes no sólo ya de objetores de conciencia sino sobre todo de insumisos.

En 1989, y con motivo de las elecciones generales, ningún grupo político, consciente de la sensibilidad social, dejó de recoger en sus respectivos programas, de un modo u otro, esta problemática. Así, el Gobierno surgido de las urnas tenía como objetivo prioritario la reforma de la base sustancial del régimen regulador del servicio militar. Este compromiso se ha cumplido, al menos en sus aspectos básicos, con la promulgación de tres normas fundamentales: la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, el Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reclutamiento, y, finalmente, el Reglamento del Servicio Militar conforme al Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio.

Con ellas se mantiene el modelo mixto de Fuerzas Armadas, si bien los efectivos de reemplazo irán complementándose con un volumen cre-

ciente de soldados profesionales —que tienen en el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales, su norma reguladora— con la pretensión de alcanzar una tasa de profesionalización en torno al cincuenta por ciento de los efectivos totales.

Entre las medidas incorporadas por el nuevo régimen jurídico del servicio militar destacan las de sustraer del militar de reemplazo aquellas tareas caracterizadas por su mayor complejidad, responsabilidad o experiencia que serán desarrolladas por los profesionales, la exclusión definitiva de la mujer del servicio militar obligatorio, la reducción de éste a nueve meses, introducción de nuevos criterios de racionalidad y flexibilidad que permitan el cumplimiento con las preferencias de los jóvenes respecto de la edad de incorporación, el Ejército o el área de actividad que mejor se ajuste a la formación y aptitudes personales, revisión y modernización de las pautas y normas de vida en acuartelamientos, buques y bases, incidiendo en el régimen de actividad y descanso del personal de reemplazo, permisos, vestuario y equipo, alimentación y alojamiento, gastos personales y prevención y protección de la salud.

Figura, asimismo, una relación sumaria —más conocida por el «estatuto» del Soldado— de los derechos constitucionales y consuetudinarios de la vida militar de aplicación al personal de reemplazo, con referencia expresa a las limitaciones legales para su ejercicio, y la revisión y modificación del Código Penal y de las Leyes penales, procesales y disciplinarias militares.

Se trata, en definitiva, de una reforma global, y oportuna por el contexto en la que se desarrolla, del servicio militar, con indudables mejoras en su prestación, y donde hay que reconocer que no se han escatimado esfuerzos para su modernización y acomodo a la vigente realidad social de nuestro país.

Sin embargo, y a pesar de ello, en amplios y significados sectores sociales y políticos se sigue cuestionando el modelo de Fuerzas Armadas, con base en una argumentación centrada, fundamentalmente y como ya hemos expresado, en la conveniencia de acoger un sistema de servicio militar único profesional o voluntario, en el que no faltan todo tipo de opiniones a favor y en contra.

Como consecuencia lógica de esta visión crítica y de la nueva regulación jurídica creada del militar de reemplazo, se han publicado, desde todo tipo de instancias y foros de debate, numerosos estudios sobre el tema.

De uno de ellos, la Universidad Internacional del Atlántico, surge la edición de este libro. En esta obra colectiva se recogen las ponencias presentadas en el Seminario «Fuerzas Armadas y Sociedad: índices de voluntariedad para el servicio», celebrado en el marco de los Cursos Superiores de Verano de esta Universidad, que, bajo los auspicios de la Fundación Alfredo Brañas y en colaboración con el Instituto Español de Estudios Estratégicos (CESEDEN), entre otras Entidades y Organismos, tuvo lugar en el Monasterio de Poyo (Pontevedra), en julio de 1993. A ella se ha añadido, por su específica relación con el tema abordado, la ponencia «El nuevo diseño jurídico del servicio militar» del Catedrático de Derecho Constitucional Fernández Segado, que fue presentada a otro Seminario celebrado el año anterior.

Desde luego, el origen y las circunstancias motivadoras de la celebración de este encuentro no son puramente casuales. No hay que olvidar que 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 dirección del Profesor Francisco Fernández Segado, desarrolla una intensa y rigurosa actividad investigadora, con participación de alumnos y docentes universitarios, sobre temas militares específicos. No es extraño, pues, que su eficaz y constante labor haya influido de manera decisiva y positiva para que en otras Universidades, como Salamanca o la misma Internacional del Atlántico, se celebren Seminarios análogos.

Se entiende así mejor que el editor del libro sea el ilustre Catedrático de Derecho Constitucional Fernández Segado, a quien se debe además la coordinación del Seminario, y está impreso conjuntamente por Dykinson y la Fundación Alfredo Brañas, como segundo número en la Colección Defensa de las publicaciones de esta última.

Del estudio de su contenido se deduce que la finalidad que se persigue no es otra que «una aproximación a la actual problemática del servicio militar desde una pluralidad de enfoques que, en último término, facilitarán los materiales de análisis necesarios como para que cada uno de los participantes en el mismo, o de los lectores de esta obra, pudieran, con la libertad que da la racionalidad de análisis, formarse un juicio consistente». Y es precisamente este objetivo su principal virtud. A diferencia de otras obras colectivas (*vid.*, por ejemplo, «La reforma de las Fuerzas Armadas y el servicio militar», *Política Exterior*, núm. 26 monográfico, Madrid, 1992) en las que se incide casi con exclusividad en el aspecto de la obligatoriedad o voluntariedad del servicio militar, se ha pretendido —

y conseguido— afrontar el tema desde perspectivas muy diversas, con un marcado carácter interdisciplinar e integrador, en el que se analiza y expone, con objetividad, su examen desde el punto de vista jurídico, de modo mayoritario, sociológico y socio-económico, si excluir el estrictamente profesional militar.

Tras el prólogo introductorio, también a cargo de Fernández Segado, quien suscribe dos de las diez ponencias que lo integran, se incluyen íntegramente las de Joan Oliver Araujo, Antonio Millán-Garrido, José Manuel Ramírez Sineiro, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ignacio Cosidó, Miguel Alonso Baquer, Pedro Puy Fraga y Gonzalo Parente Rodríguez.

Se inicia esta monografía con la ponencia «El deber constitucional de defender a España» (pp. 23-44), del Catedrático de Derecho Constitucional de las Islas Baleares Joan Oliver Araujo. Con ella, este autor de varios libros, entre los que destaca, por su conexión íntima con la materia tratada, *La objeción de conciencia al servicio militar* (Madrid, 1993), y de numerosos artículos de su especialidad, aborda con rigurosidad el fundamento del servicio militar desde una perspectiva constitucional, en su doble vertiente como deber y derecho.

Tras destacar genéricamente el conjunto de deberes exigibles a los ciudadanos para con la sociedad que la Constitución española de 1978 establece, se detiene en el de defender a España que previene el artículo 30.1. Y lo hace, para rechazar «enérgicamente» la tradicional identificación, que a veces la doctrina mantiene, entre éste y el servicio militar obligatorio.

Desde esta premisa básica, para el Profesor Oliver este deber genérico se concreta a su vez en aquellos otros que la norma enumera: las obligaciones militares (art. 30.2), la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio (art. 30.2), el servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general (art. 30.3) y los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4).

La consecuencia de esta amplia interpretación, que insiste en no agotarla exclusivamente con las obligaciones militares, es la exposición que realiza a continuación de las diversas formas que pueden revestir este derecho-deber de defender a España, según enuncian los apartados del artículo 30.

En las obligaciones militares de los españoles, efectúa un recorrido por los aspectos más destacados del régimen jurídico surgido con la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, para finalizar

comentando brevemente el cumplimiento de los deberes personales en relación a la movilización nacional.

Se completa la exégesis del precepto constitucional con un tratamiento más escueto y una técnica significadamente expositiva del resto de los apartados que lo integran, del que hay que destacar la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio, donde defiende, con la mayoría de la doctrina, el argumento —contrario, como se sabe, a lo interpretado por el Alto Tribunal en la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 271, de 12 de noviembre)— de la inconstitucionalidad de la mayor duración de aquélla con respecto a éste.

Concluye así una detenida visión unitaria del artículo 30, ineludiblemente necesaria si se pretende abordar el estudio del tema desde la perspectiva constitucional.

En segundo lugar, aparece la ponencia «El nuevo diseño jurídico del servicio militar» (pp. 45-89), en la que, como bien puede deducirse de su título, el Profesor Francisco Fernández Segado, autor de la misma, se ocupa ya directamente, con la facilidad expositiva que le caracteriza, de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, en un análisis sistemático, minucioso y fiel a su estructura. Es la única, como ya se advirtió, que no fue presentada al Seminario «Fuerzas Armadas y Sociedad: índices de voluntariedad para el servicio», sino a otro celebrado, también bajo los auspicios de las entidades organizadoras de aquél, el año anterior.

De la fructífera labor profesional de Fernández Segado bien puede dar muestra su abundante producción literaria, y especialmente aquella referente a las Fuerzas Armadas. Artículos como «El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera, tras la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional» (1991), «La jurisdicción militar en la doctrina constitucional (Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991)» (1991), «El delito de insumisión y la jurisdicción militar» (1991), «La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar» (1992) o «El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia» (1992), son sólo unos pocos de los más recientes ejemplos, que le catalogan, sin duda, como uno de los máximos especialistas en la materia.

Después de hacer una exposición, muy acertada en este tipo de estudios, de la génesis y evolución de la reforma del servicio militar —con la creación de una Ponencia *ad hoc* en el seno de la Comisión de Defensa del Congreso, y las distintas posturas adoptadas por los grupos políti-

cos— y de la Ley 19/1984 como antecedente inmediato, analiza en el apartado cuarto, último y más extenso, los principios o «líneas maestras» que la nueva Ley incorpora.

Once son los que destaca, y sobre los que detenidamente comenta a lo largo de las páginas, y que aquí sólo enumeramos: reafirmación del modelo de servicio militar por recluta universal, exclusión de la mujer de la obligatoriedad, reducción del período de prestación del servicio, nuevo diseño de la situación de reserva, previsión de un cierto abanico de opciones personales, mejora de los procedimientos de las operaciones de reclutamiento y de las tareas de alistamiento, revisión y actualización de los planes de instrucción y adiestramiento, diversificación de la asignación de las actividades en función del carácter profesional o de reemplazo de los militares, modernización de las pautas y normas de vida en acuartelamientos, buques y bases, concreción de los derechos y deberes de los militares de reemplazo y revisión y reforma de diferentes leyes sustantivas y procesales castrenses.

Con calificativos como «progresista», «simplificadora», «novadora» o «previsora», Fernández Segado define los rasgos más sobresalientes del contenido de la Ley.

Si uno de los aspectos más positivos de esta obra colectiva es el elevado nivel y autoridad de los intervinientes, buen exponente de estas cualidades se encuentran en el Catedrático de la Universidad de Cádiz, Antonio Millán-Garrido. Este jurista, reconocido en el ámbito del Derecho militar, del que es especialista, con obras como *El delito de desertión militar* (Barcelona, 1983), *La objeción de conciencia al Servicio Militar y la prestación social sustitutoria. Su régimen en el Derecho Positivo español* (Madrid, 1990) u *Objeción de conciencia y prestación social* (Madrid, 1992), así como de innumerables artículos, trata en la ponencia «Servicio militar y objeción de conciencia» un aspecto tan controvertido y actual como es la negativa a la prestación del servicio militar.

A pesar de su corta extensión (pp. 92-109), el tratamiento expuesto por el Doctor Millán debe considerarse como definitorio sobre la materia —fundamentalmente por el profundo conocimiento que tiene el autor— y en la que escoge, a modo de recapitulación, sin hacer dejación de aportaciones propias, aquellas conclusiones más sobresalientes de la amplia y exhaustiva bibliografía existente sobre la objeción de conciencia hasta ese momento.

En ella, por tanto, se encuentran recogidas, de un modo sintético, objetivo y realista, las líneas primordiales de la objeción de conciencia en España y el tratamiento jurídico adoptado al respecto.

Tras un breve apartado introductorio, comienza con la génesis de la objeción de conciencia en nuestro país y los factores determinantes de la misma, para, a continuación, analizar la legislación vigente, y en la que, tras una necesaria distinción entre el reconocimiento como objeto de conciencia y la prestación social sustitutoria, subraya con respecto a esta última los regímenes penal y disciplinario. En su reflexión crítica, con la que finaliza el trabajo, termina afirmando que «la legislación española en la materia, con sus defectos, que indudablemente los tiene, merece, en su conjunto, una valoración positiva, a la vez que conforma, sin duda, uno de los sistemas más progresistas dentro del contexto social europeo».

La siguiente ponencia inserta en la monografía es «La negativa a la prestación del servicio militar en filas: consideraciones críticas relativas a su ambivalente punición» (pp. 111-142), del Magistrado, y miembro en excedencia del Cuerpo Jurídico Militar, José Manuel Ramírez Sineiro. Desde una perspectiva penal, que el autor muy bien conoce por su dilatada experiencia como Juez Togado Militar, analiza, por un lado, la punición de la negativa a la prestación del servicio militar y a la prestación social sustitutoria, conforme a la reforma introducida por la Ley del Servicio Militar, comentando además su tratamiento en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, y, por otro, la negativa sobrevenida a la prestación del servicio militar en filas bajo la modalidad de los delitos militares de desobediencia permanente —nuevo tipo delictivo— y de deserción del Código penal militar, siendo muy crítico con la redacción dada a éste por la Ley Orgánica 13/91, pues «los réditos prácticos obtenidos —es decir, trasladar de jurisdicción el contencioso político-jurídico de la negativa a la prestación del Servicio Militar—, son cuando menos coyunturales y nada definitivos».

Resalta, finalmente, la conclusión a la que deriva, en la que, alejado y en contraste con el planteamiento dogmático-penal *strictu sensu* adoptado con anterioridad, formula una serie de reflexiones en torno a las causas —y soluciones acogidas— de la insumisión y el modelo mixto de servicio militar.

Se trata de una ponencia inestimable, si consideramos, con independencia del valor intrínseco de su contenido, profusamente concordado y anotado, la escasa literatura jurídico-penal existente en la actualidad que se ocupe de estas figuras delictivas modificadas.

De nuevo, es Fernández Segado quien suscribe, a continuación, la segunda de las dos ponencias suyas que recoge la monografía, «El Reglamento de la Tropa y Marinería Profesionales» (pp. 144-184). Este artículo

ha sido también publicado con el título «El régimen jurídico de la Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas», en *Boletín de Información CESEDEN*, Ministerio de Defensa, núm. 235, 1994, pp. 53-80.

Trata en ella un tema colateral al del servicio militar propiamente dicho, como es la regulación jurídica del militar de empleo de la categoría de Tropa y Marinería, según el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio. Y decimos colateral porque si del enunciado del libro —El Servicio Militar: aspectos jurídicos y socio-económicos— y del contenido del mismo, se infieren que el aspecto tratado es precisamente el servicio militar, por éste hay que entender, conforme a la Ley 13/1991, al que es prestado únicamente por los militares de reemplazo y aquellos otros que lo hacen en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando. Los militares de empleo de Tropa y Marinería son profesionales regulados por la Ley 17/1989 y el Reglamento antes citado, por lo que, desde un punto de vista puramente dogmático, la ponencia no es del todo acorde con el contexto de la obra en la que se inserta.

No obstante la apreciación anterior, hay que decir que su contenido es excelente. Después de señalar la líneas vertebradoras del régimen jurídico general de los militares de empleo —Oficiales y Tropa y Marinería encuadrados con anterioridad en las Escalas de Complemento o Reserva Naval y Voluntariado especial, respectivamente— que surge de la Ley 17/1989, y a los que confiere el carácter de militares profesionales no de carrera, con una vinculación a las Fuerzas Armadas a través de compromisos temporales, se detiene en el análisis exhaustivo del Real Decreto 984/1992, como norma de desarrollo de aquéllos con categoría de Tropa y Marinería.

En él, Fernández Segado realiza un estudio pormenorizado del Reglamento, del que señala sus aspectos esenciales, y que resume en una serie de directrices básicas orientadas en orden al logro de una mayor eficacia de los Ejércitos y al propio favorecimiento de soldados y marineros. Con los restantes apartados, siguiendo la estructura de la disposición normativa, referidos a trayectoria profesional, régimen de destinos, situaciones administrativas, régimen de vida, derechos y deberes, promoción profesional, y, por último, condiciones de reincorporación a la vida civil, concluye este valioso, extenso y auténtico análisis exegético de la norma estudiada.

El General Auditor y Jefe de la Unidad de Estudios e Investigación del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, es quien suscribe

la ponencia «Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales» (pp. 185-229). Su gran trayectoria profesional, particularmente unida, entre otras, al profundo conocimiento que posee del Derecho de la Guerra, hace que el contenido de este artículo sea especialmente valioso.

Uno de los aspectos más controvertidos de la participación militar española, a raíz del conflicto del Golfo Pérsico, en misiones internacionales, es, sin duda, el grado de preparación, adiestramiento y formación de los militares de reemplazo que participan en ellas.

Por ello, su análisis, en este caso, aunque sea materia muy específica del servicio militar, no deja de ser oportuno y actual. Comienza con la descripción de los presupuestos constitucionales «habilitantes» del empleo de las Fuerzas Armadas en acciones fuera del territorio nacional, cuestión no pacífica al no existir un precepto expreso que lo mencione, pero que correctamente fundamenta no sólo en el artículo 8.1 sino en otros como el 63.2 y 3, 94, 96.1 o 97 de nuestra Carta Magna, sin obviar la referencia concreta a este tipo de misiones internacionales que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, aprobatoria de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, dispone en el artículo 9. Continúa con el estudio del sistema que Naciones Unidas mantiene como garantía de la paz y seguridad internacionales, con las denominadas acciones coercitivas, preventivas, y de asistencia e injerencia humanitarias, para terminar con la exposición de la legislación española que prevé tal eventualidad. En esta última, el General Rodríguez-Villasante, partiendo de una obligada referencia a la Ley 17/1989, y con un adecuado tratamiento del modelo de servicio militar vigente, expone el supuesto excepcional de la utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, según lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley del Servicio Militar.

Destacar en ella las numerosas anotaciones, referencias y concordancias que contiene, que hacen de la misma un estudio reflexionado, enriquecedor y fundamentalmente útil.

Ignacio Cosidó, Licenciado en Ciencias Políticas y analista del Grupo de Estudios Estratégicos, es el autor de la breve ponencia (pp. 231-245) que se inserta a continuación, titulada «Modelos de servicio militar». No es, desde luego, su mejor trabajo (baste con recordar el excelente artículo «El coste del Ejército profesional», en «La reforma de las Fuerzas Armadas y el servicio militar», cit., pp. 141-152). Con una descripción muy su-

cinta de los diferentes modelos de servicio militar «que han ido adoptando las diferentes civilizaciones» (Egipto, Grecia, Roma, feudalismo, nacimiento del Estado moderno y Revolución francesa), a modo de introducción histórica, y un resumen de la evolución en nuestro país (Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1856 y 1869, Restauración, Dictadura de Primo de Rivera y II República), finaliza con los modelos actuales de servicio militar, que encuadra en cuatro: servicio militar obligatorio, servicio de reclutamiento, servicio militar voluntario y sistema de milicias, haciendo una reflexión, a modo de epílogo, en el sentido que «la cuestión sobre qué modelo de servicio militar nos proporciona el máximo grado de seguridad al mínimo coste social y económico posible es un debate que no debería cerrarse nunca».

La ponencia siguiente, «Grado de profesionalidad y reducción de efectivos (El caso del Ejército de Tierra)» (pp. 247-274), del General y Secretario Permanente del CESEDEN, Miguel Alonso Baquer, se caracteriza por el denominador común de la profesionalidad que se contiene en ella. Desde una perspectiva sociológica, el trabajo se estructura, como bien señala el propio autor, en dos partes bien definidas.

En la primera, donde no faltan interesantes cuadros y datos estadísticos, presta atención a la reducción de efectivos, para apuntar, desde el modelo mediterráneo de Fuerzas Armadas, la incidencia del problema demográfico, con especial referencia a dos propuestas —francesa e italiana— al respecto, y concluir con algunas reflexiones ideológicas sobre el grado de profesionalidad y el panorama sociológico según los modelos de investigación sobre los Ejércitos.

En la segunda parte, contrasta lo que denomina el «horizonte vigente de la obligatoriedad del servicio» con el «horizonte incoado de la profesionalidad», aplicado al caso concreto del Ejército de Tierra, y donde incluye numerosas cifras y cálculos numéricos que ayudan, facilitan y apoyan las consecuencias que produciría el cambio desde la obligatoriedad hacia la profesionalidad.

En este orden de cosas, pero desde un análisis económico, se inserta el excelente estudio «Índices de voluntariedad para el servicio militar: una visión desde la economía política» (pp. 275-295), del que es autor Pedro Puy Fraga, Profesor de Economía Política y Hacienda Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago.

En él, Puy Fraga se centra en conocer «cuál es la incidencia en el coste de implantación de un servicio militar voluntario de los índices de voluntariedad para la participación en el servicio militar». Es un aspecto

concreto de otro trabajo del autor que con el título «La economía política del servicio militar», fue publicado en *Cuatro aspectos de la Defensa Nacional (una visión universitaria)*, Monografías del Ceseden, Ministerio de Defensa, Madrid, 1993, (pp. 137-165), y también en *Boletín de Información del CESEDEN*, Ministerio de Defensa, núm. 227, Madrid, 1992 (pp. 9-29). Si en éste realizó una aproximación económico-política a la amplia problemática que plantea la opción servicio militar obligatorio o voluntario, en la ponencia que comentamos, partiendo del marco general expuesto en aquél, utiliza el planteamiento teórico para el cálculo del coste presupuestario de la implantación de voluntariado en relación a la cuestión demográfica, para, a continuación, descender a los datos específicos en España (con aportación de interesantes cifras demográficas), con el que llega a la conclusión de que «el servicio militar obligatorio es costoso desde el punto de vista social, si bien presupuestariamente puede resultar, para el Gobierno, más barato». No falta, al final del trabajo, una bibliografía básica sobre el tema tratado.

La monografía concluye con la ponencia «Defensa y opinión pública en la España actual» (pp. 297-311), de la que es autor el Coronel y Profesor del CESEDEN, Gonzalo Parente Rodríguez. Autor de interesantes estudios estratégicos, en este artículo trata de valorar el grado de interés de la opinión pública, determinado para el año 1993, para lo cual distingue tres aspectos a considerar, como son la difusión de la política de defensa nacional (político), el «calado» de estos temas en los medios de comunicación social (informativo) y el resultado de las encuestas de opinión dirigidas a medir el interés de la sociedad española hacia la defensa (opinión). De ellas, hay que destacar la última, donde abundan los datos estadísticos sobre temas tan interesantes como el grado de acuerdo o no con el envío de tropas españolas en misiones de paz de la ONU, composición de las Fuerzas Armadas en orden a la profesionalidad o, en fin, el número de noticias, relacionadas con lo militar, aparecidas en la prensa nacional.

No queda más que felicitar muy especialmente al editor, el Profesor Fernández Segado, por el esfuerzo y empeño en la publicación del libro (con una tipografía y presentación inmejorables), y, en general, a todos los partícipes en el mismo, que hacen de él una obra oportuna, actual y, ante todo, útil, con la pretensión —conseguida— de dar, desde múltiples perspectivas, una visión global y unitaria a la problemática —discutida— del servicio militar en España.

Santiago Prados Prados

OLIVER ARAUJO, J. : *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Civitas, 1993, 505 pág.

I. El autor es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad balear, siendo éste libro su segundo ejercicio a la oposición a dicha Cátedra, aunque con ciertas modificaciones. No es precisamente un autor necesitado de presentación, pues ha publicado numerosos estudios, de entre los que destaca una monografía que, según extendida opinión, es el más acabado estudio en nuestra doctrina sobre el recurso de amparo.

Como señala en el prólogo el profesor López Guerra, a la sazón vicepresidente del Tribunal Constitucional y maestro del autor, en el libro se analiza «el sentido cultural de la objeción de conciencia en el supuesto concreto del servicio militar, su tratamiento por la normativa constitucional, y sus concreciones legales, administrativas y jurisprudenciales», teniendo dicho análisis un valor no meramente académico por cuanto tiene por objeto un derecho que afecta de forma directa y cotidiana a los ciudadanos.

II. La Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en su artículo 30.2. Hasta 1984 dicho derecho no encontró desarrollo legislativo, que se logró a través de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, y de la Ley Orgánica 8/1984, de régimen penal y régimen de recursos en caso de objeción de conciencia. Este nuevo derecho constitucional de todos los españoles y su correspondiente desarrollo legal no mereció tampoco un tratamiento jurídico en profundidad en nuestra doctrina hasta la obra, ciertamente rigurosa y exhaustiva, del profesor Millán Garrido (*La objeción de conciencia al servicio militar*, Tecnos, Madrid, 1990). A ella siguió una sucesión de monografías y artículos científicos, de la más diversa autoría y de desigual valor, sobre tan polémico tema, de entre los que destaca con brillo propio *La objeción de conciencia al servicio militar* del constitucionalista Cámara Villar (Civitas, Madrid, 1991). La última aportación a esa amplia bibliografía la constituye este reciente estudio de Joan Oliver Araujo, publicado en Civitas en septiembre de 1993.

La obra incluye un repertorio bibliográfico con aproximadamente 800 referencias, lo que es una muestra del interés que despierta la objeción de conciencia en general y al servicio militar en particular en nuestra sociedad y en nuestra doctrina. Es cierto que sólo medio centenar (todo lo más) de esas publicaciones son en verdad relevantes, siendo las demás meramente expositivas del régimen legal o reiterativas de opiniones doctrinales, con escasas aportaciones originales. Limitándonos a ese medio centenar de estudios, puede decirse que esta prolífica literatura sobre objeción de conciencia generada en los últimos años, en líneas generales, merece un juicio positivo, pero no puede ignorarse que toda ella tiene en común una serie de defectos y carencias, lo que nos lleva en esta reseña a realizar una crítica que va más allá del estudio concreto que el profesor Oliver realiza, extendiéndose a toda la producción científica que la objeción de conciencia al servicio militar ha generado entre nosotros.

Como crítica general a toda esa producción puede señalarse ya de entrada que, quizás por inercia de los primeros estudios, todas las monografías se centran en unos determinados aspectos y dejan de lado otros de singular importancia, como la prestación social sustitutoria, el régimen penal, un régimen disciplinario «impropio y de dudosa efectividad» (y que, en la práctica, no se aplica), la construcción de una teoría general sólida de las objeciones de conciencia y un consiguiente estudio con mayor rigor de la jurisprudencia constitucional, con un mayor esfuerzo en hacerla coherente, sin caer en una crítica fácil e irreflexiva, como en ocasiones se ha hecho. Y cuando la literatura que existe sobre el derecho es tan abundante, bien podría exigirse que la doctrina empiece a colmar estas lagunas, lo que todavía no se ha hecho de un modo acabado.

III. En este contexto bibliográfico, pues, se inserta la obra reseñada, que se centra en el estudio de las coordenadas constitucionales de la objeción de conciencia. Se inicia el libro con una introducción, en la que se hacen una serie de consideraciones generales sobre la objeción de conciencia, unas referencias al Derecho Comparado y al Derecho Internacional, así como un rastreo de antecedentes históricos, prestando especial atención a la situación durante el régimen anterior y en el período post-constitucional pero previo al desarrollo legislativo, para centrarse así en el estudio detenido del régimen legal vigente sobre objeción de conciencia, para lo cual se expone la jurisprudencia y las distintas respuestas doctrinales que se han elaborado, así como la práctica administrativa (siendo esto consecuencia de un notable esfuerzo del autor, que merece ser alaba-

do), para por último proponer la que, en su opinión, es la solución más acorde con una lectura generosa de la Constitución.

IV. Respecto de los motivos en los que cabe fundamentar legalmente la objeción de conciencia, realiza el autor un estudio de cada uno de ellos (religiosos, éticos, humanitarios, filosóficos «u otros de la misma naturaleza»), si bien precisa que, en la práctica, y salvo excepciones, en la conciencia del objetor confluirán hasta la confusión motivos de distinto tipo, conforme a la concepción del mundo que ese sujeto tenga. Se muestra asimismo partidario, frente a la tesis de un importante sector doctrinal, de la admisibilidad en nuestro Derecho de los motivos políticos, siempre y cuando afecten a la conciencia del individuo, pues los considera incluidos dentro de la coletilla legal «u otros de la misma naturaleza».

V. Reconocida por el Consejo al solicitante la condición de objetor, éste quedará eximido de sus obligaciones militares pero debiendo, como contraprestación, realizar la prestación social sustitutoria, que tiene una duración de trece meses —frente a los nueve del servicio militar, superior duración que el Tribunal Constitucional ha admitido como una de las «debidas garantías»—. Dicho servicio sustitutorio habrá de consistir en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares, sin que en ningún caso las actividades en que consista esa prestación social puedan incidir negativamente en el mercado de trabajo.

En el análisis de esta problemática, se echa de menos en la obra un tratamiento en profundidad de la prestación social sustitutoria, que plantea numerosos problemas, algunos de los cuales la doctrina hasta ahora ni siquiera se ha planteado, quizás por ignorancia de la realidad. Así, resulta indiscutible que, a pesar de los notorios y recientes esfuerzos desde el cambio de cartera en el Ministerio de Justicia, no existen plazas suficientes y una buena parte de las creadas, en la práctica, aparte de ser bastante discutible que no estén incidiendo de forma negativa sobre el mercado de trabajo, son «fantasmas», pues el objetor o bien no aparece por allí o bien lo hace sólo durante un par de horas, siendo éste uno de los motivos que, junto a la ausencia de garantías eficaces (¿pueden existir?) de la sinceridad del que objeta, explican el importante crecimiento anual del número de objetores, hasta el punto de empezar a poner en peligro el modelo vigente de Fuerzas Armadas.

VI. En cuanto a la controvertida cuestión de si el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental o un derecho constitucio-

nal autónomo pero no fundamental, estudia Oliver Araujo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior y posterior a 1987, pues parece que si hasta 1987 el Alto Tribunal sostuvo la fundamentalidad del derecho, en las Sentencias 160 y 161/1987 considera la objeción de conciencia al servicio militar un derecho constitucional autónomo pero no fundamental. Ello supone, a juicio del autor, un giro sensible en la jurisprudencia, convirtiendo a la objeción de conciencia al servicio militar en un derecho de «segunda categoría», no fundamental, considerando por ello que ese importante salto intelectual estaba necesitado de una «mayor fundamentación», de modo especial si se tiene presente que el Tribunal Constitucional «se aparta en no poca medida del criterio mantenido por varios organismos internacionales».

El autor, en tesis contraria a la mantenida por el Tribunal Constitucional, considera, con sólida argumentación, que la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho fundamental, hasta el punto de que estima que, de no existir el reconocimiento del artículo 30.2 CE, tal derecho encontraría amparo en el artículo 16 (libertad ideológica y religiosa), interpretado de conformidad con los textos internacionales. Ello no permitiría sin embargo afirmar que el artículo 16 reconozca un derecho general a la objeción de conciencia, pues ello habría que determinarlo en cada caso, atendiendo a dos criterios: a) el contenido de los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España (artículo 10.2 CE); b) si resulta vulnerado algún bien constitucional. Con ello, sienta las bases para formular una cierta teoría general de la objeción de conciencia, lo que no es poco, dado que la doctrina por lo general a rehuido cualquier pronunciamiento sobre tan ardua cuestión.

VII. En cuanto al imperativo constitucional de que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar sea regulado «con las debidas garantías», siguiendo al sector doctrinal mayoritario y al propio Tribunal Constitucional, considera que son, por una parte, garantías de que no se va a hacer falsa alegación del derecho como vía fraudulenta para escapar de las obligaciones militares y, por otra, garantías para el objetor. Es de lamentar que el profesor Oliver no vaya más allá, como no lo ha hecho tampoco ningún autor entre nosotros, y no analice, por ello, el notable problema que plantea este derecho —y en general toda objeción de conciencia, aunque esta modalidad de una forma especial—: el del abuso del derecho.

En efecto, un análisis que no peque de ingenuo de las estadísticas y un mínimo contacto con la realidad social nos pone de relieve, y creo que

nadie debe escandalizarse farisaicamente ante este hecho, que un elevado porcentaje —quizás por encima del 50%— de los que se declaran objetores son lo que ellos mismos llaman *objetores light*, dicho de otro modo, personas que rehusan el servicio militar por razones no de conciencia (sino de conveniencia) y utilizan la vía que les abre el artículo 30.2 CE para no prestar aquél, personas, pues, que en puridad no objetan sino que optan, abusando de este modo del derecho. Esta es la realidad de los hechos, ante la que los más diversos autores que han tratado el tema, del mismo modo que la jurisprudencia romana ante la compra por los esclavos de su propia libertad, «cierran los ojos» (*coniventibus oculis*).

Y si la doctrina no se ha parado como debiera en esta cuestión, que poco tiene de teórica, es probablemente por entender que excede del campo del Derecho y, desde luego, no puede negarse que se trata de una cuestión esencialmente sociológica pero que tiene también relevancia en el mundo del Derecho en cuanto que informa al jurista que un aspecto de teoría general del derecho subjetivo —el abuso— tiene en este caso una enorme relevancia práctica, por lo que exige de aquél una especial atención, que por ahora ningún autor le ha prestado. No debe olvidarse que cuando se abusa de un derecho constitucional, declarándose objetor quien realmente no lo es de alguna manera se abusa de la Constitución misma, y sufre la normatividad propia de ésta. Y no parece que ello pueda ser irrelevante para un jurista con cierta sensibilidad constitucional.

Y no resulta, por lo demás, aventurado afirmar que las garantías existentes frente al abuso del derecho son perfectibles, pues existen seguramente prácticas y mecanismos jurídicos más adecuados para evitar ese abuso del derecho sin que por ello resulte lesionada la conciencia y su natural impenetrabilidad; lo que quizás no existe —y sobre todo, no ha existido, con lo que, con el tiempo, el problema se ha sobredimensionado— es voluntad política de hacerlo y hoy quizás ésta por sí sola ya no sea suficiente.

El propio autor del libro reseñado no ignora, sin embargo, la grave problemática del abuso del derecho pues, respecto de la práctica del Consejo sobre el reconocimiento o no de la condición de objetor, dice que «es prácticamente imposible dar mayores facilidades» (p. 347), lo que conducirá, «en bastantes casos, a reconocer la condición de objetores a ciudadanos en cuya conciencia no hay ningún obstáculo al uso militar de las armas» (p. 338), pero resuelve tan importante cuestión señalando que ése es, posiblemente, «el tributo que hay que pagar para proteger a las conciencias sinceras», afirmación que resulta discutible y que, en todo caso,

exige, en línea con una obra tan sólidamente construida como esta, un estudio y un razonamiento exhaustivos que por desgracia ni el autor ni la doctrina en general han realizado.

VIII. Presentada la solicitud —en castellano o cualquier idioma autonómico— antes de los dos meses inmediatos anteriores a la fecha señalada para la incorporación, se produce la suspensión del ingreso en las Fuerzas Armadas. Salvo que los motivos alegados no se encuentren entre los admitidos por la ley o que se observe con nitidez una contradicción entre lo declarado y la conducta vital socialmente conocida del solicitante, el Consejo viene obligado a declarar el reconocimiento como objetor.

El procedimiento ante el Consejo viene en general caracterizado por tres notas: «la flexibilidad en cuanto a las formas y los plazos, las garantías que otorga al solicitante respecto de la imparcialidad y objetividad con que será juzgada su pretensión, y la gratuidad». En cuanto a la necesidad de alegar en la solicitud los motivos de conciencia, no considera el autor —siguiendo así al sector doctrinal mayoritario y al propio Tribunal Constitucional— que sea contrario al artículo 16 CE («nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»), lo que fundamenta con un rigor con el que hasta ahora no se había abordado el problema. También resulta de interés su estudio de las denominadas «declaraciones colectivas», atendiendo a la práctica del Consejo al respecto, de enorme flexibilidad (hasta rozar la ilegalidad) antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y más rigurosa con posterioridad.

Pasando ya al estudio de las garantías concretas, hay que decir que, para el caso de que los motivos alegados sean «insuficientes, inconsistentes o contradictorios», la ley concede al Consejo una serie de facultades indagatorias, que el profesor Oliver Araujo analiza profusamente, considerándolas conformes a la Constitución y reconociendo que «serán» bastante inútiles en la práctica.

IX. La legislación vigente no reconoce la objeción sobrevenida, sino que sólo se puede objetar antes o después —nunca durante— de la realización del servicio militar. El Tribunal Constitucional consideró, después de ponderar los bienes constitucionales en juego, que tal suspensión temporal del ejercicio del derecho era constitucionalmente legítima. Frente a tal interpretación, el autor estima, tras un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional y una exposición exhaustiva de los argumentos a favor y en contra de la prohibición de la objeción sobrevenida, que dicha prohibición es inconstitucional «pues no sólo limita o restringe el dere-

cho, lo cual sería admisible, sino que prohíbe absolutamente su ejercicio» durante un cierto tiempo. Por ello, propone, siguiendo la línea argumental de los Magistrados disidentes de la Sentencia 160/1981, una reforma legislativa en el sentido de reconocer la objeción sobrevenida si bien estableciendo unas garantías adicionales reforzadas para dificultar de forma razonable su ejercicio pero sin llegar a negarlo.

X. El estudio que Oliver Araujo realiza del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia es muy completo y abarca tanto su naturaleza como su organización, funciones y composición, siendo especialmente interesante su análisis de las resoluciones, favorables y desfavorables, así como de la práctica del Consejo a lo largo de estos años.

Uno de los aspectos más valiosos del libro del profesor Oliver es el relativo a las garantías del derecho, a lo que con seguridad no es extraño el hecho de que sea uno de los mejores especialistas españoles sobre el recurso de amparo. Puesto que hoy es doctrina común que un derecho vale lo que valen sus garantías, se comprenderá la importancia de éstas. Partiendo de tal principio, distingue el autor entre garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, para analizar ambas de modo detenido, si bien centrándose, como es natural, en las primeras.

Y en cuanto a ellas, considera, apoyándose en buenas y argumentadas razones, que es posible interponer recurso contra la resolución denegatoria del Consejo no sólo por la vía preferente y sumaria (propia de los derechos fundamentales) que le señala el artículo 1º de la Ley Orgánica 8/1984 sino también por el procedimiento contencioso-administrativo ordinario, tesis de importantes consecuencias prácticas especialmente para el caso de que transcurra el plazo de diez días desde la notificación de la resolución denegatoria y no el plazo exigido para el recurso contencioso-administrativo ordinario. En todo caso, agotada la vía contencioso-administrativa, cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que también estudia minuciosamente. Rechaza la tesis de que sea posible interponer, contra el fallo denegatorio de amparo, recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que justifica con la práctica de la Comisión Europea.

XI. La valoración general del autor de la legislación sobre objeción de conciencia es positiva, aunque una mayor fidelidad al proyecto de ley alternativo presentado por el Grupo Socialista desde el «horizonte utópico» de la oposición en 1981 y una mayor atención a posteriores proposiciones de Ley habrían proporcionado un resultado final más progresista y

menos controvertido, especialmente en lo relativo al régimen penal (excesivamente riguroso), al tratamiento de la objeción sobrevenida (que debió haberse admitido) y a la duración del servicio sustitutorio respecto del servicio militar (que debió equipararse y no ser superior).

Pone de relieve, por lo demás, que no puede cerrarse los ojos ante el amplio descontento y sonoro rechazo por los colectivos de objetores, pues señala que si una ley de objeción de conciencia no es aceptada por los objetores habrá fracasado en su misión fundamental, que es la integración de la disidencia, no siendo en este caso el respaldo de la mayoría parlamentaria un síntoma seguro de la eficacia social de la norma.

En cuanto a la jurisprudencia, señala que sus ambigüedades, limitaciones e inconsistencias tienen su explicación en la constitucionalización ambigua y timorata de la objeción de conciencia, así como en una legislación un tanto malabarista. Destaca, en la misma línea, que las dos sentencias del Tribunal Constitucional han sido discutidas no sólo por la doctrina científica sino por algunos de los Magistrados del Tribunal Constitucional a través de tres importantes Votos Particulares por lo que es difícil que hayan podido zanjar definitivamente tan importante problema jurídico, sino que es posible que «no signifiquen más que un punto y seguido en el devenir histórico del reconocimiento legal de la objeción de conciencia».

XII. Finalmente, no quiero dejar de insistir en que las observaciones que formulo lo son más bien a toda la producción científica sobre objeción de conciencia, no limitándose, al libro reseñado. Estimo, en definitiva, que la clarificadora obra del profesor Oliver Araujo cierra —o debiera cerrar— un ciclo en la doctrina que ha abordado el tema y marcar un cierto punto y aparte. Estudiados con rigor y exhaustividad por una abundantísima doctrina algunos de los más relevantes aspectos de la objeción de conciencia, es preciso prestar ahora una mayor atención a otros que de algún modo han sido sistemáticamente dejados de lado y ello sin perjuicio de profundizar (no meramente repetir lo ya dicho) en los primeros.

En fin, no siempre coincidimos con las opiniones del autor ni aún con el modo de abordar determinadas cuestiones, pero ello es consecuencia de que no es éste un libro que se limite a exponer el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional, y aun en la práctica del Consejo Nacional de objeción de Conciencia, sino que no rehuye el pronunciarse sobre cual es, a juicio del autor, la solución más acertada, lo que le lleva a discrepar en ocasiones de la doctrina mayoritaria o del propio Tribunal Constitucional, basándose siempre en motivos muy fundados, y dotados por lo general de una gran «fuerza persuasiva».

La obra en general se caracteriza por diseccionar cuidadosamente cada uno de los problemas que aborda, analizándolos así con rigor científico; por utilizar siempre argumentaciones sólidamente construídas y por estar muy bien documentada. Por todo ello, puede concluirse que el profesor Oliver Araujo, cuyo interés por la objeción de conciencia en general se inició hace ya muchos años cuando comprendió que era «absolutamente imprescindible aceptar una fuente ética del comportamiento humano incluso por encima de la legalidad democrática», ha conseguido, en efecto, su objetivo de contribuir «como ciudadano y como constitucionalista» a resolver los muchos problemas que plantea la objeción de conciencia y además lo ha logrado, en línea con trabajos anteriores de solidez semejante, con notable éxito, por lo que sólo cabe felicitarle, así como a Editorial Civitas por el acierto y la oportunidad de la publicación.

Joaquín Brage Camazano

2. RECENSION DE REVISTAS

LÓPEZ MARTÍN, A. G.: *Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del Conflicto del Golfo al caso de Libia*. En, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, núm. 1, 1994, págs. 39-59.

El interesante artículo de la Profesora López Martín examina la evolución de la actitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al afrontar las últimas graves alteraciones del orden jurídico en las relaciones internacionales. Partiendo de la necesidad pareja del correcto comportamiento de los Estados en el campo de las relaciones internacionales y de la respuesta institucional inmediata frente a todo atentado contra la paz internacional en dicho ámbito, pasa a estimar que las principales agresiones producidas últimamente se han reflejado en tentativas de modificaciones territoriales al margen del orden legal existente, violaciones graves del derecho humanitario y actos de terrorismo internacional, que han activado la respuesta para la restauración del orden jurídico violado, respuesta que se incardina, fundamentalmente, en el bloqueo de las relaciones económicas y de las comunicaciones, por estimarlas las más eficaces a la finalidad perseguida, acogiendo entre ellas las acciones que paralizan las actividades aeronáuticas de los sancionados.

Sentando la exclusividad de las Naciones Unidas para ejercer las actividades de sanción en los supuestos de violaciones que afecten al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, y examinando los supuestos concretos de la Guerra del Golfo, la situación de Yugoslavia y la actitud de Libia en relación con el terrorismo internacional, estima la autora que el Consejo de Seguridad ha evolucionado, poniendo en marcha las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta, y en especial sus artículos 41 y 42, optando, fundamentalmente, por la imposición de sanciones económicas que, en ocasiones, han de ser apoyadas con medidas de fuerza al objeto de hacer efectivas las anteriormente impuestas.

Las sanciones económicas recogidas en el artículo 41 se aplican, según razona la Profesora López Martín, de forma progresiva y pasando de sanciones selectivas a sanciones globales, y considera hoy equiparables el embargo y el boicot, a pesar de su diferencia tradicional, y que el blo-

queo, tras la prohibición expresa del uso de la fuerza consagrada en el artículo 2.4 de la Carta, ha quedado reducido a una operación pacífica cuya finalidad es prevenir la entrada y salida de buques hacia y desde los puertos del Estado sancionado, con el fin de ejercer presión económica y política sobre el mismo, utilizando buques de guerra y otros medios, y considera que este concepto, tomado de Weber y aplicable al bloqueo naval, puede ser analógicamente aplicado al bloqueo aéreo, por lo que estima que nos hallamos ante medidas que no implican el uso de la fuerza armada, sino ante medidas económicas reforzadas por su posible empleo, pero sin identificarse con una auténtica sanción militar.

Seguidamente examina el conflicto del Golfo, en el que aprecia la doble violación de la prohibición del recurso a la fuerza contra la integridad de un Estado y la de la obligación del arreglo por medios pacíficos de las controversias internacionales, recogidas en los apartados 4 y 3 del artículo 2 de la Carta, junto con el quebrantamiento de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas y la toma de rehenes. Desde aquí el artículo publicado examina la evolución de la actitud del Consejo de Seguridad, desde la Resolución 660, de 2 de Agosto, hasta la 678, de 28 de Noviembre, todas ellas de 1990, examinando el cambio operado desde unas medidas provisionales al amparo del artículo 40, hasta la aplicación del uso de la fuerza de los Estados miembros al mando de las Naciones Unidas para garantizar el bloqueo naval y aéreo, pasando por las gradaciones intermedias que han llevado a la última Resolución citada.

Al examinar la crisis de los Balcanes, detiene sus consideraciones en el año 1993, estimando que, tras el fracaso de la Comunidad Europea y de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al ejercer sus competencias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, traducida en una larga serie de Resoluciones que en el estudio que se comenta alcanza hasta la 887, de 25 de Octubre de 1993, habiéndose iniciado con la Resolución 713, de 25 de Septiembre de 1991, plantea también una evolución de las medidas a adoptar que se inicia con el reconocimiento de que la situación en la antigua Yugoslavia supone una amenaza para la paz y seguridad internacionales que permite acogerla en el Capítulo VII de la Carta, y, en consecuencia, la adopción de medidas que pasan desde el embargo general y completo de armas y material militar hasta el embargo y boicot, tanto comercial como financiero, y el completo bloqueo aéreo impuesto al declarar zona de exclusión el espacio aéreo sobre Bosnia-Herzegovina, en cuyo mantenimiento se llega al empleo de la

fuerza armada con derribo de aeronaves militares de las fuerzas en conflicto, y que, en el tiempo contemplado en el trabajo que se comenta, concluye con el bloqueo total, que implica la prohibición de importaciones, exportaciones y transacciones financieras, y la interrupción total de comunicaciones marítimas, aéreas, terrestres y fluviales, salvo las que fueran necesarias para aplicación de medidas de carácter humanitario, actitud que la autora subraya como corroboración de su criterio de que el Consejo de Seguridad ha cambiado de orientación en su política sancionadora, afirmándose en su papel de guardián del orden internacional.

Seguidamente examina el asunto Lockerbie, y partiendo de la declaración del Presidente del Consejo de Seguridad que condenó el atentado terrorista haciendo un llamamiento a todos los Estados para que cooperasen en la persecución y aprehensión de los responsables, estudia la evolución de las actitudes del Reino Unido y los Estados Unidos, y la intervención de Francia como consecuencia del atentado contra el vuelo n.º 772 de la compañía U.T.A., y examina el comportamiento del Consejo de Seguridad en relación con Libia y la actitud del Tribunal Internacional de Justicia ante la iniciativa de este último Estado para establecer un mecanismo de arreglo de controversias según los términos del artículo 14 del Convenio de Montreal de 1971, sobre Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional, que declinó el ejercicio de su competencia para imponer medidas provisionales. El Consejo de Seguridad, cuya actitud, como recoge la autora, fue muy discutida, adoptó las resoluciones que exhortaban al Gobierno libio a cooperar en la persecución de los hechos y, más tarde, urgió la extradición de los posibles culpables, *responsabilizando a Libia de actos de terrorismo*. Por la Resolución 748, de 31 de Marzo de 1992, se valora la actitud como constitutiva de una amenaza para la paz y se equiparan los actos de terrorismo al uso ilegítimo de la fuerza, sobre cuyo soporte se asientan nuevas medidas análogas a las consideradas, —boicot aéreo salvo para fines humanitarios, y embargo de armas y equipo militar—, para llegar finalmente a la Resolución 883, de 11 de Noviembre de 1993, en la que se impone un boicot financiero total y un completo embargo de los dos productos esenciales de la economía libia, el petróleo y el gas, con aplicación total del boicot aéreo. La autora estima que el largo tiempo transcurrido desde el atentado sobre Lockerbie, el 21 de Diciembre de 1988, hasta la adopción de la Resolución 883, 11 de Noviembre de 1993, ha permitido a Libia prepararse para soportar estas nuevas sanciones, por lo que estima que el Consejo de Seguridad se ha mostrado un poco tardío sobre este asunto.

Como conclusión, la Profesora López Martín considera que por la práctica de los últimos años, ha quedado suficientemente asentado el cambio de actitud del Consejo de Seguridad como garante del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, pasando de una postura de indiferencia a otra de beligerancia por la solución de las controversias, llegando incluso a actuar en lo que, en principio, eran conflictos internos, todo lo cual ha llevado a una activación de la aplicabilidad del Capítulo VII de la Carta de San Francisco, y muy en concreto las disposiciones de los artículos 41 y 42, cerrando sus conclusiones con la valoración de la transcendencia económica del sistema de transporte aéreo, y la consecuencia de la actitud del Consejo al prestarle especial atención y aplicar el embargo y bloqueo aéreos para lograr el aislamiento del Estado sancionado como uno de los medios más eficaces para obligar a un Estado infractor a volver a un comportamiento lícito.

Javier Aparicio Gallego

Rassegna della Giustizia Militare. Anno XX, núms. 1-2, gennaio-aprile, 1994.

Se publican en este número de la prestigiosa revista de la Magistratura militar italiana, dos estudios sobre temas jurídico-militares. El primero, firmado por Pier Paolo Rivello, lleva por título: "Un intento de profundización sobre la noción de delito exclusivamente militar". Parte el autor del análisis crítico del artículo 37 del Código Penal Militar de Paz italiano y de la bipartición entre "delitos exclusivamente militares" y "delitos objetivamente militares", con examen de las diversas posiciones doctrinales sobre la materia, concluyendo que el análisis de los delitos exclusivamente militares no puede prescindir de la necesaria comparación con las demás ramas del derecho. Esta confrontación con otros sectores jurídicos evidencia como la individualización de delitos considerados "exclusivos" en relación con un determinado subsistema penal, caracterizado por la especialidad respecto a la normativa común, no constituye una "extravagancia" del Código Penal Militar de Paz sino que responde a la fundada exigencia de garantizar adecuadamente la tutela de intereses que se juzgan "exclusivos", en cuanto peculiares de un sector específico. Se adentra, seguidamente, el articulista en el origen histórico de la noción de "Delito exclusivamente militar" con cita de la definición de Arrio Menandro y del Código penal Zanardelli de 1889. Destaca el autor la influencia de Di Vico en los Códigos Penales Militares de 1941. Venditti ha precisado que, mientras la noción de delito objetivamente militar no cumple una función calificadora, pues es militar en cuanto al objeto también el delito exclusivamente militar, resulta correcto el recurso a la noción de delito militar pluriofensivo (contraponiendo tal delito al exclusivamente militar). El citado artículo 37 del Código italiano considera delito exclusivamente militar el integrado por un hecho que, en sus elementos materiales constitutivos, no está -en todo o en parte- previsto como delito en las leyes penales comunes. Pero el concepto aflora en la circunstancia atenuante que se concede al militar que no ha cumplido treinta días de servicio armado, cuando cometa un delito exclusivamente militar (artículo 48.2) o en la provocación para cometer delitos militares (art.212). Comenta el autor los

problemas que plantea la participación de un "extraño" en los delitos exclusivamente militares.

Por otra parte, la comisión de un delito exclusivamente militar no se considera como indicativa de una especial peligrosidad, sino de la dificultad de adaptación del sujeto activo a la institución militar. Desde el punto de vista criminológico existe la convicción de que los delitos que ofenden un interés únicamente militar denotan un tipo de delincuencia que es profundamente diverso respecto a la delincuencia común. A continuación se examinan los delitos militares de desobediencia y de desertión como delitos exclusivamente militares, concluyendo que no basta una vaga semejanza entre un delito común y otro militar para negar a este último la condición de delito exclusivamente militar. Uno de los métodos más seguros para identificar esta clase de delitos consiste en examinar la "ratio" que conduce a limitar solo a tales infracciones la aplicabilidad de la atenuante que se reconoce al militar que no ha cumplido treinta días de servicio militar.

El segundo estudio, publicado por Camilla Di Iasi, se titula "Consideraciones y perplejidad en relación con la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia". Se refiere, naturalmente, al Tribunal Penal Internacional creado por la Resolución 827 de 25-5-1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar a los responsables de las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991.

La primera perplejidad de la autora se deriva del adjetivo "internacional" utilizado para designar al Tribunal, que está compuesto de individuos y no de Estados y juzga también a personas singulares y no a los Estados. Duda, por otra parte, de las atribuciones del Consejo de Seguridad para crear una Corte Penal Internacional, puesto que su funcionamiento y sus sentencias con efectos dentro de los Estados se pueden considerar una injerencia en los asuntos internos de cada uno de los Estados. Niega la existencia de un "ius puniendi" fuera de la soberanía estatal, puesto que las Naciones Unidas son una organización de Estados y no una "supermonarquía universal". Tampoco ve el fundamento del Tribunal en el artículo 41 Capítulo VII de la Carta. No podemos compartir este análisis de los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas, concretamente del Capítulo VII, que ha de ponerse en relación con el artículo 89 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, pues el enjuiciamiento de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario

no es asunto ajeno a las atribuciones del Consejo de Seguridad de la ONU en relación con la paz y seguridad internacionales (1).

Camilla Di Iasi encuentra todavía mayor perplejidad en el examen del Decreto-Ley italiano de 28-12-1993 y su convalidación por la correspondiente ley. Para la autora no se trata de una autónoma limitación de la soberanía, sino de una auténtica dimisión de un poder soberano como es el jurisdiccional, con renuncia a la jurisdicción. Seguidamente se censura la ley interna desde el punto de vista constitucional, reprochando la obligación del Ministerio Público de ejercer o no la acción penal o delegarla a un organismo extra-estatal, el olvido del derecho al juez natural preconstituido por la ley, la prohibición de jueces extraordinarios o Tribunales especiales, el desconocimiento del principio de legalidad y de los principios inspiradores del ordenamiento italiano o de todo ordenamiento democrático. Finaliza advirtiendo que nada puede ser más dañoso que una jurisdicción ineficaz, que una sanción establecida y no impuesta o que una sentencia adoptada y no ejecutada.

El número de la revista que comentamos inserta las conocidas Secciones de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (relativas a la negativa de la prestación del servicio militar obligatorio), del Tribunal de Casación y otros jueces. Continúa publicando los artículos de G. Virzi sobre informatización de la Justicia Militar y finaliza con el texto de la Ley de 23 de diciembre de 1993, n.º 547, sobre "Modificaciones e integración en las normas del código penal y del código de procedimiento criminal en materia de criminalidad informática.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

(1) Sobre esta materia ver el excelente trabajo de F. Pignatelli Meca "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991" (Revista Española de Derecho Militar n.º 64, julio-diciembre 1994)

IV. INFORMACION

I CURSO SOBRE ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL PARA OFICIALES SUPERIORES DE LAS FUERZAS ARMADAS. ORGANIZADO POR LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES LUCAS MALLADA EN ZARAGOZA, (20 de OCTUBRE de 1994 a 15 de MARZO de 1995.)

Este I Curso, en efecto, se desarrolló en Zaragoza, entre el 20 de octubre de 1994 y el 15 de marzo de 1995, con la colaboración del Gobernador Militar de Zaragoza y General Jefe del MALZIRNOR, quién facilitó la asistencia al mismo de 28 Oficiales superiores, número de plazas en que se fijó el cupo máximo de asistentes al Curso, siendo de lamentar, por ello, el no haberse podido admitir 14 más, también preinscritos, lo que fue buena prueba del gran interés despertado por el CURSO.

La Fundación Privada de promoción "Lucas Mallada" fúe creada el 14-XII-1993, por convenio entre la Diputación General de Aragón y las Cortes de Aragón, al que se agregó un Protocolo Adicional de Colaboración por parte de la Universidad de Zaragoza.

Respondía éste I Curso a la finalidad de realizar la divulgación cualificada en los campos de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional que, junto a la promoción de la alta investigación en ambos terrenos, constituyen su objeto, lo que se materializó en un "Curso de acceso restringido con posible valoración académica a efectos de promoción profesional interna" de los cualificados mandos militares que asistieron al mismo, tal como se halla expresamente previsto en los Estatutos de la Fundación.

Por lo demás, como se anunciaba en el Cuestionario del Curso, su objetivo era el de "lograr que los Oficiales Superiores de nuestras FAS, tengan un conocimiento amplio sobre el Ordenamiento constitucional español, tanto vigente como histórico". Y, en efecto, durante los cinco meses en que se desarrolló, las cuatro primeras sesiones se dedicaron al Estado y a la Constitución en general, para seguir exponiendo (temas del 5 al 9) la Historia constitucional española, la transición política, el proceso constituyente de 1978 y la consideración de la Constitución vigente en relación con las precedentes, y también las conclusiones que ofrece hoy el Dere-

cho Comparado. Del resto, hasta los 30 temas del CURSO, 4 versaron sobre las nociones, los principios y los valores esenciales de la CE de 1978; 3, acerca de los derechos individuales fundamentales, sus garantías y su suspensión; 2, sobre la Corona; 3, sobre las Cortes Generales; 4, sobre el Gobierno y la Administración; 1, sobre el Poder Judicial; 2, acerca de las Autonomías y, finalmente, 2, sobre la defensa y la reforma de la Constitución.

En cuanto al profesorado, que dicho sea de paso, mereció una valoración "muy alta" por parte de los Oficiales concurrentes en la subsiguiente encuesta, se hallaba integrado por:

— Como Director, el Prof. Dr. D. Manuel Ramírez Jiménez, Catedrático de Derecho Político, Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza y "Caballero Cadete Honorífico" de la Academia General Militar de Zaragoza.

— Como Profesor coordinador responsable del curso, D. Javier Fernández López, Profesor de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de Zaragoza y Comandante de G.G.A del E.T.

— Como Profesores colaboradores:

D. Manuel Contreras Casado, Catedrático de Derecho Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de Zaragoza.

D. Gaspar Castellano, Ex-Presidente de la Diputación General de Aragón.

D. Fernando Sanmartín Gómez, Letrado de la Diputación General de Aragón.

D. Alejandro Rodríguez Carrión, Catedrático de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

D. Manuel Giménez Abad, Letrado Mayor de las Cortes de Aragón.

D. Rafael Martínez Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

D. Fidel Cadena Serrano, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

D. José M^a Llorente Sagaseta de Ilurdoz, Teniente Coronel Auditor, Juez Decano de los Juzgados Togados Territoriales de Zaragoza.

D. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado, Ex-Fiscal del Tribunal Supremo y Catedrático en la Universidad de Zaragoza.

D. Juan Manuel Cendoya Mendez de Vigo, Abogado del Estado.

Particular interés ofrece el resultado de la encuesta de evaluación de la docencia, practicada al concluir este I curso de la Fundación zaragozana "Lucas Mallada", verdadera primicia, sin duda, en su género, por su temática y cualificado auditorio; encuesta expresiva de unas valoraciones altamente favorables, desde el material didáctico y otros aspectos organizativos y metódicos ofrecidos, hasta el rigor y elevado nivel científico, sin mengua de la claridad expositiva, alcanzados por el Profesorado y, muy particularmente, la gran importancia que, por unanimidad de los Oficiales concurrentes, aprecian en el curso, respecto de su propio futuro profesional militar, ya en su respectiva formación personal como para poder formar mejor a sus subordinados. En fin, el Curso, en su conjunto les mereció una valoración "muy alta" al 85% y "alta" al 15% restante.

El solemne Acto de Clausura de este I Curso, que tuvo lugar el día 15 de marzo de 1995 en el Palacio de la Aljafería, sede de Las Cortes de Aragón y de la propia fundación "Lucas Mallada", con la asistencia de las primeras Autoridades civiles regionales y de los Generales Gómez Coll, Jefe de la III Región Aérea y MATRA, Ruíz de Conejo, Gobernador Militar de Zaragoza y Jefe del MALZIRNOR, Lago Vázquez, Director de la Academia General Militar y demás Generales con mando en la plaza, fue presidida por el Prof. Dr. D. Angel Cristobal Montes, Presidente de las Cortes de Aragón.

La conferencia de clausura de este I Curso, corrió a cargo del General Consejero Togado, Prof. Dr. D. Eduardo Montull Lavilla, Ex-Fiscal del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho en la Universidad de Zaragoza, versó, sobre el tema "Constitución y Fuerzas Armadas" y tuvo una amplia resonancia en la prensa.

Tras de ser presentado por el Director de la Fundación, Prof. Dr. Ramírez Jiménez, el conferenciante comenzó su disertación analizando detenidamente la evolución habida, desde el mundo romano hasta nuestros días, en la organización de las fuerzas militares, en sus relaciones con los cambiantes poderes públicos de los pueblos y de de los Estados modernos, en la que los Ejércitos se perfilan ya como garantía, pero también como atributo de la "soberanía", sobre todo en los países que hoy llamamos occidentales, en que la misma, reside en el propio pueblo. Repasó, seguidamente, los grandes "capítulos" que nuestra Constitución dedica a las Fuerzas Armadas, ofreciendo su personal visión de conjunto respecto de las cuestiones ya aludidas, aunque por separado, durante el Curso, y la expuso a través de la siguiente sistematización:

1.º Razones de la ubicación del contenido del art.8 en el Título Preliminar: tesis a favor que apoyó, a parte de otros argumentos, en una apurada interpretación sistemática del propio Título Preliminar.

2.º Naturaleza institucional o no de las FAS.

3.º Misiones, composición y organización de las FAS, en relación tanto con el art.8 CE como respecto de otras misiones (“de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales” y en “caso de catástrofe o calamidad u otros análogos”) que también cuentan con respaldo Constitucional.

4.º Dirección y mando de las FAS, tanto en situaciones de normalidad como en las de crisis.

5.º Estatuto personal especial de los militares y

6.º Otras limitaciones ciudadanas en aras de los superiores intereses de la seguridad y defensa del Estado.

El General Togado Montull, resumió su parecer considerando que las Fuerzas Armadas, al carecer de una verdadera y genuina autonomía y capacidad decisoria en orden a los fines extra-castrenses, que las mismas han de alcanzar; lo cierto es que, conforme a la Constitución y las leyes que la desarrollan, deben actuar a las órdenes de sus mandos naturales, bajo la *Auctoritas* de S.M. El Rey, la dirección del Gobierno y el control de las Cortes.

Se mostró, en fin, partidario acérrimo de que hay que desterrar definitivamente la idea de castas separadas y, reconociéndose así por todos, sociedad, y en su seno, los militares, seamos capaces de ofrecer la única imagen de una ordenada convivencia, para terminar transcribiendo en lo esencial una de las más atinadas reflexiones últimamente formuladas al respecto, la del Auditor y Prof Dr. Casado Burbano, al afirmar que acaso es hoy cuando tanto la profesión como el servicio militar han alcanzado su máxima nobleza al ejercerse y presentarse en defensa de la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales y, como garantía de una convivencia en libertad.

Tras la subsiguiente entrega de los Diplomas a los Oficiales Superiores concurrentes al curso, el Presidente de las Cortes de Aragón, Prof. Dr. Cristobal Montes, glosa en breves pero brillantes palabras la profunda significación de este I Curso, confirmando en que pronto habrá de producir sus frutos.

Eduardo Montull Lavilla

MINISTERIO DE DEFENSA
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES

